Bundesdenkmalamt

Jur. opp.

64 m - 2 Jaanuar

Vorträge

über

merkwürdige Erscheinungen

in der

Hamburgischen Rechtsgeschichte.

Gehalten

in der juristischen Section des geschichtlichen Vereins

in

Hamburg

von

C. Trummer Dr.

Zweiter Band.

Hamburg,

bei Johann August Meißner.

1847.

2524. D.

BIBLIOTECA
REGLA
MONACENSIS

I.

Materialien

zu

einer Geschichte des Eides

in Hamburg.

Inhalt.

Einleitung § 1.

I. Der Reinigungs-Eid § 2—16.

Bei den Germanen § 3.

Ursprüngliche Verhältnisse § 4.

Unser Rechtszustand im dreizehnten Jahrhundert § 5.

Die kirchlichen und gemeinrechtlichen neueren Ansichten § 6.

Hiesiger Rechtszustand in den späteren Jahrhunderten § 7.

Ableistung des Eides § 8.

Bestrafung des falschen Zeugnisses § 9.

Fortdauernde Geltung des alten Vorrechts § 10.

Die Legislation bis zum sechzehnten Jahrhundert § 11. 12.

Die des sechzehnten § 13.

Die Praxis § 14—16.

II. Klage auf Eid und auf Beweis § 17—19.

Der Sächsische Proceß § 18.

Unsere Praxis § 19.

III. Die Eideszuschiebung § 20—23.

Aeltere Rechtsgeschichte § 21. 22.

Die Legislation und Praxis des siebzehnten und achtzehnten Jahrhunderts § 23.

Materialien zu einer Geschichte des Eides in Hamburg.

Vorgetragen in der juristischen Section des historischen Vereins.

---

§ 1.

Einleitung.

Es ist von mir schon einmal in diesen Zusammenkünften der Materie gedacht worden, welche der Gegenstand meines heutigen Vortrages werden soll: in den Aphorismen über das Lappenbergsche Urkundenbuch § 37. — Dem Gegenstande sind indeß noch mehrere interessante Seiten sonst abzugewinnen, und verdient er um so mehr eine besondere Betrachtung von diesen aus, weil dadurch über verschiedene bisher unaufgehellte Parthien unserer alten Statuten Licht verbreitet, und vielleicht für die Deutsche Rechtsgeschichte überhaupt einige nicht zu verachtende Ausbeute gewonnen wird.

Ich finde mich aber veranlaßt, meinem Vortrage engere Gränzen zu ziehen, weil es mir für diesmal nicht darum zu thun ist die Materie vom Eide in rechtshistorischer Hinsicht zu erschöpfen. Daher werde ich nur drei besonders streitige und schwierige Fragen hervorheben.

Diese betreffen

I. den sogenannten Reinigungseid,
II. den Unterschied zwischen der auf Eid und der auf Beweis gestützten Klage, und
III. die Eideszuschiebung.

Im Verlauf meines Vortrages wird der historische Zusammenhang dieser drei Materien klar werden.

§ 2.

I. Der Reinigungseid.

Unser heutiges Rechtsverfahren kennt bekanntlich einen Eid, zu welchem eine Parthei unter Umständen verpflichtet werden kann, um den nachtheiligen Einfluß einer Behauptung der Gegenparthei von sich abzuwenden. Die Praxis hat in Deutschland eine solche Eidespflicht eben so wohl im Criminal- als im Civilprocesse anerkannt, und nennt sowohl dort als hier den Eid Reinigungseid. Die neueren Untersuchungen haben es auffer Zweifel gesetzt, daß den Römern im Criminalprocesse (in publico iudicio) dieser Eid, wodurch der Angeklagte sich von der Anklage befreit hätte, unbekannt gewesen ist[1]). Man wird also schon durch diesen Umstand veranlaßt, anderswo die Quelle aufzuspüren, aus welcher die Praxis geschöpft haben mag. Nun würde die Lösung dieses Problems am leichtesten sich beschaffen lassen, wenn man ohne Weiteres das Canonische Recht und die Praxis der geistlichen Sendgerichte als die fragliche Quelle annähme. Es läßt sich ja einerseits gar nicht läugnen, daß diese geistliche Legislation und Praxis auf den Civil- und Criminalproceß der weltlichen Gerichte einen entschiedenen Einfluß ausgeübt hat, so wie freilich andrerseits sich auch nicht verkennen läßt, daß unsere Vorfahren sich gegen diesen Einfluß eifrig gewehrt haben. Nun aber führt die Annahme dieser Quelle für die hier fragliche Materie bei der Betrachtung unserer alten Rechte zu Schwierigkeiten, welche sich gar nicht auflösen lassen. Man sieht sich also genöthigt, seinen Gesichtskreis zu erweitern.

§ 3.

Bei den Germanen.

So werden wir veranlaßt, die Gerichtspraxis unserer alten Vorfahren näher ins Auge zu fassen. Es ist nun hier ebenfalls erst durch die Forschungen der neuesten Zeit ermittelt, daß die

---

1) Diese richtigere Ansicht hat zuerst Anton. Matthaeus 1644 de criminibus lib. 48 tit. 15 cap. 7 § 1 (pag. 764 ff.), dann J. H. Böhmer 1744 I. E. P. lib. 5 tit. 34 § 6 aufgestellt, und sie ist in neuester Zeit von Abegg 1833 Erörterungen Th. I. S. 14 ff. umständlich gerechtfertigt.

Germanen schon vor Einführung des Christenthums und vor dem Einflusse der geistlichen Gerichtspraxis den fraglichen Eid gekannt haben. Aber er erscheint bei ihnen nicht als das Object einer Pflicht, sondern eines Rechts. Selbst der Angeklagte im Criminalprocesse war berechtigt, die Anklage durch Eid von sich abzuwehren[1]). Diese Erscheinung ist für unsere modernen Begriffe schon an sich so auffallend, daß wir sie genauer betrachten müssen, was uns um so weniger gereuen wird, als, wie so oft, dadurch gerade der Schlüssel zu manchen andern sonst unerklärlichen Aufschlüssen gewonnen werden kann. Um aber zu diesen zu gelangen, ist es durchaus nothwendig, uns das alte Rechtsverfahren in den wesentlichsten Zügen zu vergegenwärtigen, indem sich das Eidesrecht aus ihm gebildet hat[2]).

§ 4.

Ursprüngliche Verhältnisse.

Ursprünglich verfolgten unsere urdeutschen Vorfahren das ihnen widerfahrene Unrecht durch Kampf. Der Verletzte stellte sich seinem Beleidiger gegenüber, und verschaffte sich seine Genugthuung durch die Gewalt der Waffen. Ein Ueberrest dieser alten Sitte ist noch in den heutigen Duellen zu erkennen, denen ein blos heidnisches, ganz und gar antichristliches Element zum Grunde liegt. Als Volksgerichte aufkamen, — und dies geschah schon in frühster Zeit, — ward nur die Scene des Kampfs verändert, und vor die Gerichte verlegt. Dahin entbot der Ankläger seinen Widersacher, der sich einfinden und vertheidigen mußte. Es erklärt sich aus dieser Sitte, daß, so wenig wie jetzt beim Duell, der Angreifer auch damals keines Beweises bedurfte. Sein bloßes Erscheinen vor dem Gerichte, seine Herausforderung,

---

1) Daß dies ein ursprünglich Germanisches Recht war, hat zuerst der scharfsinnige Rogge 1820 Gerichtswesen der Germanen S. 136 Cap. 5 nachgewiesen. Später traten dieser Ansicht Cropp 1825 in den Heidelb. Jb. von 1825 S. 661 ff. (?), Biener 1827 Beitr. z. Gesch. des Inquis. Proc. S. 22, Mittermaier 1827 das Deutsche Strafverfahren Abth. 2 S. 286, und Abegg 1833 a. a. O. S. 40 ff. bei.

2) Wegen der folgenden Darstellung ist zunächst auf Rogge zu verweisen.

seine Anklage, wie wir es jetzt nennen, zwang ohne Weiteres den Angeklagten, sich zu vertheidigen. Vertheidigte er sich nicht, so mußte er einen Ersatz des zugefügten, als erwiesen angenommenen Unrechts in Geld leisten, er mußte eine Composition, ein Wehrgeld bezahlen[1]). Alle Genossen seines Stammes mußten mit ihm aber auch dafür aufkommen; es ward als ein gemeinschaftliches Verhältniß der ganzen Genossenschaft angesehen. Wollte er sich mit ihnen dieser Ersatzpflicht entziehen, so mußte er unter Anrufung des Gottes ihres Volkes, dessen Gegenwart, dessen unmittelbares Urtheil eine altgermanische Idee war, schwören können, daß er an dem Unrechte, dessen man ihn beschuldigt hatte, unschuldig sei. Schwor er solchergestalt seine Unschuld, so standen ihm, wie beim Zahlen des Wehrgeldes, im gemeinschaftlichen Interesse seine Stammgenossen zur Seite, und wie dort seine Bürgen, so waren sie hier seine Gefährten beim Eidschwur. Der Zusammenhang der s. g. Gesammtbürgschaft mit dieser Eideshülfe ist unverkennbar. Man nennt diese Genossen mit einem zwar passenden, aber modernen, den alten Quellen ganz fremden Ausdruck Eideshelfer. In den ältesten, lateinisch geschriebenen Volksgesetzen heißen sie consacramentales, coniuratores. Sie fielen sehr häufig völlig mit den modernen Zeugen zusammen, wiewohl keineswegs diese Identität wesentlich war. Das will sagen, häufig beschworen sie speciell die Unschuld ihres Stammgenossen, in Beziehung auf die Beschuldigung, welche den gerichtlichen Angriff herbeigeführt hatte. Aber nicht selten standen sie ihm auch zur Seite, weil sie ihn überhaupt für einen Ehrenmann hielten, der des angeschuldigten Unrechts unfähig sei. Um diesem Bündniß zu begegnen, blieb dem Ankläger nichts übrig,

---

1) In meinen späteren Vorträgen im Winter 1846/47 habe ich noch einen anderen Gesichtspunkt hervorgehoben, der die im Text erwähnte Eigenthümlichkeit der gerichtlichen Procedur unserer Vorfahren ebenfalls erläutert. Man trat durch das gerichtliche Verfahren dem alten Nationalrecht der aussergerichtlichen Selbsthülfe und Gewalt in den Weg, und mußte den Kläger als den angreifenden Theil um so mehr begünstigen, damit dieser nicht in den Schwierigkeiten, sich mit Hülfe der Gerichte Recht zu verschaffen, eine Rechtfertigung für die Geltendmachung seines alten Rechts der Selbsthülfe als eines Nothrechts finden konnte.

als sich ebenfalls seinerseits mit Begleitern, Secundanten, zu versehen, welche mit ihm ins Gericht kamen, um durch ihr Erscheinen den Eifer zu lähmen, dem der Angeklagte seine Eideshelfer verdanken könnte, und dem Eide zuvorzukommen. Aber der Eid blieb nichtsdestoweniger auch dann noch das Vorrecht, ein Ehrenrecht des freien Mannes, dessen er sich nicht wagen durfte, bei der Oeffentlichkeit des Verfahrens vor der ganzen Volksversammlung durch Misbrauch unwürdig zu machen [2]).

§ 5.

Unser Rechtszustand im dreizehnten Jahrhundert.

Als unsere Stadtrechte schriftlich verfaßt wurden, hatte sich in den eben geschilderten Proceßformen und Rechtsverhältnissen zwar die wesentliche Idee nicht [1]), wohl aber Manches in Hinsicht auf von denselben unabhängige Nebenumstände verändert. Unsere Stadtrechte kennen in Capitalsachen keine Compositionen, keine Fehde [2]), überhaupt keine Gottesurtheile [3]), keine Gesammtbürgschaft [4]), keine Eideshelfer [5]) mehr, wiewohl Spuren dieser frü-

2) Diese Entwickelung beweist weit kräftiger das ursprünglich Germanische dieses Eides, als die von den Schriftstellern sonst angeführten alten Rechte. Vgl. übrigens diese bei Mittermaier a. a. O. S. 285 und Abegg S. 41.

1) Aus dieser Grundansicht leite ich auch die, sonst von allem Grunde entblößte Bestimmung her, die schon 1270 IX, 20 in Uebereinstimmung mit dem Sachsenspiegel III, 12, 1 vorkommt, daß der Kläger auf eine Wiederklage nicht eher zu antworten, mit anderen Worten den auf ihn geschehenden Angriff abzuwehren braucht, als nachdem die Vorklage erledigt ist. Ebenso die im Sachsenspiegel III, 12, 2 vorkommende Bestimmung, daß, wenn Mehrere wegen Ungerichte Einen anklagen, erst die Sache, der Zweikampf des Ersten erledigt sein muß, ehe der Angeklagte dem Andern zu antworten hat.

2) Vgl. meinen Vortrag über die Friedensgebote.

3) Vgl. Cropp Crim. Beitr. 2, 2, 400, der dies aber zu zweifelhaft ausspricht.

4) Wo bei uns in den alten Statuten noch Spuren der alten Gesammtbürgschaft vorkommen, da erscheinen die Nachbaren ꝛc. Vgl. 1270 IX, 24. S. dazu die Parallelstellen bei Cropp Crim. Beitr. 2, 2, S. 371 Anm. 24, der aber nicht den Zusammenhang dieses Ordels mit der alten Gesammtbürgschaft nachweist.

5) Danach ist Cropp S. 398 zu berichtigen. Selbst in den alten, eine Spur von Besiebenen enthaltenden Ordele 1270 VI, 6, wo

heren Rechtsinstitute unvertilgbar und unverkennbar sich erhalten hatten. Doch sind diese Spuren so äusserst schwach, daß ich mich des Gedankens nicht erwehren kann, als ob vielleicht jene alten Rechtsinstitute als solche in unserer Stadt, d. h. in dem Weichbilde derselben[6]) niemals rechtliche, sondern höchstens factische Geltung gehabt haben, wiewohl sich diese ebenso wie die entgegenstehende Ansicht bei dem Zustande unserer alten Rechtsquellen immer nur als Hypothese betrachten und behandeln läßt. Daß aber das Rechtsverfahren, wie es in unseren ältesten Statuten sich findet, aus den alten Volks-Ideen hervorgegangen ist, wird Niemand bezweifeln können. Oben an stand hier es fest, daß der Kläger eines Beweises nicht bedurfte, um seine Klage erheben zu können. Ob er es nicht angemessen hielt, sich, statt sonst mit Stammgenossen, jetzt mit Zeugen im Gericht einzufinden, und den Beklagten vom Eide abzuhalten: das war nicht ausgeschlossen. Allein der Beklagte konnte in der Regel die Klage mit seinem Eide abwehren. „Man möchte ihn des nicht überzeugen", wie Sachsensp. 1, 18 dies Sachsenrecht bezeichnet, d. h. Zeugen konnten ihm das Eidesrecht nicht verkümmern. Nur durfte es nicht vor Gericht geschehen sein; „denn sonst wäre er, und mit Recht schon überzeugt", wie die Glosse dazu sagt. Und die Handhaftigkeit der That war eine Form, welche als eine wirkliche

---

sogar noch die Wendung vorkommt, **de eme to rechte helpen mogen**, ist nur von Zeugen die Rede. So erscheinen auch die Nachbarn 2c. nicht mehr als Eideshelfer, sondern als wirkliche Zeugen, wie z. B. 1270 VII, 9, 1. 2. 6. Beiläufig läßt es sich in diesen Spuren der alten Rechts-Institute und ebenso in dem abweichenden Sprachgebrauch gar nicht verkennen, daß die Ordele, aus denen das älteste Statut, das Ordelbuch von 1270 zusammengesetzt ist, keineswegs alle aus einer und derselben Zeit stammen, sondern daß einige älter, andere viel jünger sind, was denn wieder auf die Art der Abfassung dieser alten Collection oder Codification und auf die Einleitung zu Stück I. ein neues Licht wirft, und für die Exegese einzelner Ordele sehr erheblich ist.

6) Es läßt sich die Existenz der Gottesurtheile bekanntlich nur für Theile unseres Landgebiets bestimmt nachweisen. Daß die seculares iudices, deren die vor 1207 gestellte Urkunde gedenkt, auf unsere Stadtgerichte gehen, ist nicht zu behaupten. Vgl. übrigens meine Aphorismen über Lappenberg's Urkundenbuch § 35.

Gerichtshandlung angesehen wurde, und wenigstens ganz gleiche Wirkung hatte, indem sie den Eid ausschloß.

§ 6.

Die kirchlichen und gemeinrechtlichen neueren Rechtsansichten.

Die christliche Kirche hatte sich vom Anfang an gegen dieses Germanische Institut des Reinigungseides gewehrt[1]). Es kamen zwar auch in geistlichen Gerichten einzelne Fälle vor, wo solche Eide zugelassen wurden, und wo also die alte Nationalsitte sich geltend machte. Allein erst im Anfange des neunten Jahrhunderts tritt im Fränkischen Reiche eine andere Ansicht und zwar in der Art hervor, daß man sich von einem Verdacht mittelst Eides und Eideshelfer reinigen müsse. Im dreizehnten Jahrhundert zog die infamia schon eine Inquisition von Amtswegen, und diese als subsidiären Erfolg, für den Fall, daß kein anderer zu erzielen war, den Reinigungseid nach sich. Es mischten sich also diesem Eide drei Kriterien bei, welche dem Germanischen Volksrechte fremd gewesen waren: Verdacht, subsidiäres Mittel, Pflicht zum Schwur[2]).

In den Reichsgesetzen kommt diese Ansicht zuerst 1512 vor[3]).

Wann aber die Meinung volksthümlich, und es daher von den Juristen angenommen worden ist, daß dieser nothwendige und subsidiäre Reinigungseid selbst dann der Ehre nachtheilig sei, wenn er abgeleistet worden ist[4]), das wird von den gemeinrechtlichen Schriftstellern nicht nachgewiesen. Die Ansicht ist allerdings dem Canonischen Recht zuwider, weil sie ein Mistrauen gegen die Wahrheit des Eides, und nur einen formellen Werth desselben voraussetzt. Allein im Volke konnte sie eben dann sehr wohl aufkommen, als der Eid aufgehört hatte, das Vorrecht des Ehrenmannes zu sein, und im Gegentheil nur den Verdächtigen als eine Last traf.

---

1) Vgl. Biener a. a. O. S. 23 ff.

2) Vgl. Biener S. 27 ibiq. citat. Eichhorn Kirchenrecht 2, 84 Anm. 24. Richter Kirchenrecht 2, 401 ff.

3) Vgl. Böhmer J. E. P. V, 34, 23. 24.

4) Biener S. 28.

In neuesten Zeiten hat die gemeinrechtliche Doctrin das Verwerfliche dieses Eides in Criminalsachen nachgewiesen [5]), und die neuern Deutschen Gesetzgebungen ihn ganz aufgehoben.

§ 7.

Hiesiger Rechtszustand in den späteren Jahrhunderten.

Daß sich die Canonische Rechtsansicht vom Reinigungseide in unsere Hamburgischen weltlichen Gerichte hätte frühzeitig Eingang verschaffen können, läßt sich von vorn herein nicht vermuthen. Zwar liegt es in der Natur dieses Rechts-Instituts, daß es sich niemals von den herrschenden religiösen Ansichten wird frei erhalten können. So kann es denn auch nicht auffallen, daß in zwei Beziehungen, nämlich bei der Ableistung eines Eides und bei der Bestrafung des Meineides Canonisches Recht sich unverkennbar frühzeitig geltend gemacht hat. Allein selbst hier ist es recht sehr merkwürdig, wahrzunehmen, wie Germanische und christliche Zeitansichten durcheinander sich kreuzten. Es dürfte interessant sein, bei diesem Gegenstande etwas länger zu verweilen.

§ 8.

Ableistung des Eides.

Daß bei der Ableistung des Eides die Anrufung Gottes als wesentlich betrachtet wurde, ist durchaus nicht als rein christliche Ansicht aufzufassen. Auch schon bei unseren heidnischen Vorfahren galt die Anrufung Odins oder Thors für nothwendig [1]), so wie denn überhaupt die Gegenwart Gottes bei ihren Volksgerichten allgemein verbreitete Volksansicht war. Selbst die Berührung irgend eines heiligen oder ehrwürdigen Gegenstandes läßt sich viel eher als eine Deutsche Volkssitte betrachten, wie als eine Eigenthümlichkeit der geistlichen Gerichte des Christenthums. Schon der heidnische Germane pflegte beim Eidschwur die Hand auf das Schwert oder auf den dem Gott Ullr geweihten blutigen Ring [2]) zu legen, wie in Hamburg schon

---

5) Mittermaier a. a. O. S. 290. 291, und die von ihm Not. 29 allegirten Schriftsteller. Ferner seitdem Abegg S. 132 ff. und von Wieck im Arch. d. Crimr. 1840 Th. 3 S. 342 ff.

1) Grimm Deutsche Rechtsalterthümer S. 894.

2) Grimm S. 895 ff.

im dreizehnten Jahrhundert die Hand auf die Reliquien der Heiligen gelegt wurde[3]). Die älteste Formel mag die gewesen sein, welche noch der Bürgereid von 1483 hat: Dat my God helpe vnde sine Hilligen. Unverkennbar sind aber diese Förmlichkeiten aus den geistlichen Gerichten herübergenommen. Als durch den Reichsabschied von 1555 § 107 für das Reichskammergericht, um für die verschiedenen Religionsverwandten eine Gleichmäßigkeit einzuführen, bestimmt worden war, daß die Eidesformel auf Gott und das heilige Evangelium[4]) zu stellen sei, mag auch in Hamburg die noch heute gebräuchliche Form: So wahr mir Gott helfe und sein heiliges Wort! aufgekommen sein[5]), worüber ich in meinen Aphorismen über Lappenberg's Urkundenbuch § 37 Einiges gesagt habe.

§ 9.

Bestrafung des falschen Zeugnisses.

Ferner hat schon das Ordelbuch von 1270 den falschen Zeugeneid u. A. auch damit bestraft, daß der Zeuge nicht wieder zum Zeugniß zugelassen werden soll VII, 14. Wenn diese Strafe

---

3) Daher im Ordelbuche von 1270 für Eidleistung die Redensarten: sines sülves Hand uppe den Hilligen, I. 6. III, 10, 1. VI, 5, waren uppe den Hilligen, VI, 10. 29, 1. IX, 19. XII, 2. 12, 1, to beholdende oder holdende uppe den Hilligen, II, 1. VI, 12. 15. 22. 30. VII, 7. VIII, 2, 1, schweren up den Hilligen, 1, 14 a. E. III, 16. VII, 13, 1. IX, 8. Die übrigen allgemeineren Ausdrücke sind: sin Recht don, VII, 7. IX, 23. utgan mit sinem Rechte, VI, 12. 13, 1. vorstan mit sinem Rechte, IX, 5. Dann die, wie mir scheint, späteren Ausdrücke: den Eed dohn, VI, 26. to lestende sinen Eed, VII, 6. 7. und dahin gehört auch den Eed versten, VII, 7 (befestigen, normiren). Der allgemeinste Ausdruck sweren ohne weiteren Zusatz kommt vor VI, 2 a. E. 13, 3. 17. 18. VII, 5. 6. 7. 20. IX, 24. XII, 5, 2. 12, 1. XIII, 21. Diese sorgfältige Berücksichtigung des Sprachgebrauchs kann nicht angelegentlich genug empfohlen werden, weil sie die Entstehung des alten Ordelbuchs aufklärt, vgl. § 5 Anm. 4.

4) Weniger beachtet dürfte es sein, daß diese Formel schon im Canonischen Recht cap. 4 X. de iureiur. (2, 24) vorkommt: Sic me Deus adiuvet et haec saneta Evangelia.

5) Schon Klefeker gedenkt dieser Form Samml. 3, 647, ohne jedoch die Zeit ihrer Einführung anzugeben.

als ein Ausfluß des Canonischen Rechts zu bezeichnen ist [1]): so wäre auch hier eine Wirkung des Canonischen Rechts auf unser Statut sichtbar, wiewohl es nicht wird geläugnet werden können, daß es auch ohne diesen Einfluß dem gewöhnlichen Menschenverstande sehr nahe liegt, dem Meineidigen überall keinen Glauben für seine Betheurungen und Angaben mehr zu schenken [2]), und daß von dieser Ansicht zu einer Ausschließung desselben von der Gerichtsstäte kein großer Schritt war, zumal wenn man mit dieser die Idee einer besonderen Heiligkeit verband.

§ 10.

Fortdauernde Geltung des alten Vorrechts.

In den beiden vorhergehenden Paragraphen (§ 8. 9) habe ich die einzigen Fälle nachgewiesen, worin meines Wissens sich eine, wiewohl gewissermaaßen auch nur sehr leise Spur von dem Einflusse des Canonischen Rechts und der geistlichen Synodalgerichte auf unsere weltliche Gerichts-Praxis entdecken läßt. Mehrmals habe ich dagegen in meinen Vorträgen darauf hingewiesen, wie sehr sich unsere Vorfahren gegen diesen Einfluß gewehrt, mit welcher Eifersucht sie fast mehr noch das Canonische als das Römische Recht betrachtet haben. Ist es nun schon hieraus unwahrscheinlich, daß gerade an einem Vorrecht, welches als ein Nationalrecht, als ein selbst von Carl dem Großen unantastbares Privilegium der freien Sachsen von jeher behütet wurde, das Canonische Recht sollte seine Kraft ausgeübt haben: so darf es auch nicht befremden, wenn sich das alte Recht in vielen Zügen bis in die spätere Zeit bei uns behauptet hat. Es wird eine ganz interessante Aufgabe sein, dies hier nachzuweisen, und sich davon zu überzeugen, daß in dieser Beziehung Jahrhunderte lang Theorie und Praxis in einem Kampfe sich bei uns befunden haben, aus dem leider, aber auch wohl erst in den

---

1) Vergl. Richter Kirchenrecht 2 S. 556 zu Anm. 9.

2) Wenn man aus dem Stadtr. von 1270 IX, 1 sieht, wie viel bei unseren Vorfahren das Wort galt, daß bei ihnen Lügen vorwerfen eben so verletzlich erschien als Ohrfeigen geben, so läßt es sich um so mehr begreifen, wie verächtlich ihnen der Mann war, welcher vor Gericht falsch zeugte.

neuesten Zeiten, der für den Criminalproceß als eine Misgeburt zu bezeichnende Canonische Reinigungseid hervorgegangen ist.

§ 11.

Die Legislation bis zum sechzehnten Jahrhundert.

Vor allen Dingen ist es hier nothwendig, zuerst etwas genauer in das Detail des ältesten Statuts von 1270 einzugehen, und darin die Uebereinstimmung mit der vorhin (§ 5) von mir angegebenen Total-Ansicht nachzuweisen. Dies Statut enthält zwei hierher gehörige Ordele, VI, 5 und 12, und das Statut von 1276 hat sie VI, 5 und 20 unverändert beibehalten, während das von 1292 darin, besonders wohl um die letzte Spur von den Eideshelfern (§ 4. 5) auszumerzen, bereits Aenderungen für nothwendig erachtete [1]).

Die ältesten Ordele besagten, daß es in der Regel keine Rechtssache [2]) giebt, wo nicht der Beklagte durch seinen Eid die Verurtheilung abwehren und zugleich seine Ehre vertheidigen durfte, VI, 5 und 12. Ging die Klage auf eine Leibes- oder Lebensstrafe, so bedurfte er bei Beschuldigung eines am Tage geschehenen Verbrechens noch zwei Eideshelfer, wobei die verschiedenen Handschriften darin von einander abweichen, daß Einige dazu Bürger, Andere Erbgesessene erfordern [3]), VI, 5, 2. Aber

---

1) Es sind hier allerdings Cropp's Erörterungen in den Crim. Beitr. 2, 2, 382. 385 ff. 400. 401 zu erwähnen, wiewohl nach meiner obigen Darstellung vielfach zu berichtigen. Lappenberg hat die Uebereinstimmung des Ordels VI, 5 mit dem Soester Art. 18 und dem Lübischen I, 52. II, 85 nachgewiesen, Vorr. zu den Rechtsalterthümern S. LVI, so wie die Uebereinstimmung des Ordels VI, 12 mit dem Lübischen I, 35 und II, 77. Vorr. S. LVIII.

2) Wunden und Todtschlag werden VI, 5, 1, Diebstahl und Raub VI, 12, 2 in diesen Ordelen offenbar in Beziehung auf die concreten Fälle, worin sie gefunden waren, namhaft gemacht, gelten aber nicht exclusiv, sondern nur beispielsweise. Daher bin ich auch nicht der Ansicht Lappenberg's zum Billwärder Landrecht S. 23, daß dasselbe 1498 Art. 19 (buchstäblich wie 1603 Art. 20) den Gebrauch des Reinigungseides ausgedehnter gestatte, als unsere alten Stadtrechte.

3) Es scheint, als ob die ältere Bestimmung gewesen ist der Beweis durch Erbgesessene. Sie findet sich im Andersonschen Abdruck (auch

schon 1270 und 1276 war dies bei Verbrechen, die bei Nacht und bei schlafender Zeit geschehen sein sollten, nicht mehr nöthig: alsdann genügte allein der Eid des Angeklagten [4]).

In der Regel also half das Zeugniß des Klägers (aftügen, VI, 12, 1, tughen, VI, 12, 2 geht auf den Ankläger selbst, seine Beschuldigung [Schuld gifft, VI, 5, 1], welche Ausdrücke eins und dasselbe bedeuten, nicht etwa auf seine Zeugen) — nichts, wenn der Angeklagte schwor.

Nur hatte man von Alters her und zwar ganz im Geiste der Fortbildung alter Rechtsansichten von dieser Regel folgende zwei Ausnahmen aufgestellt:

1. Es mußte keine handhafte That, oder was derselben herkömmlich gleich gestellt war (vgl. meinen Vortrag über Zurechnung § 70) vorliegen. Denn zu dem Beweise dieser Behauptung mittelst zwei erbgesessener Leute mußte der Kläger zugelassen werden, VI, 5, 1. VI, 12, 2, und zwar darum, weil vermöge der Rechtsansicht dann die That als vor Gericht geschehen galt, und somit der Eid ausgeschlossen war (vgl. § 5 a. E.). Etwas Anderes dürfte auch wohl der vielfach [5]) gedeutelte Ausdruck id ne sy deme Rade witlick VI, 12, 1 nicht bedeuten, als die vor dem Rath oder etwa vor einzelnen Rathmannen [6]) geschehene und dem Rath deshalb bekannte, also eines weiteren Zeugenbeweises nicht

---

1276 eod.) im Hamb. Recht, das dem Lübischen beigefügt ist, ohne erhebliche Varianten, Cod. Hach. III, 300. Stat. Stad. V, 5. auch Stat. Rig. 61 hat offenbar diese Lesart. Dagegen findet sich die Lesart mit tween guden Manen de Borger syn in der, sonst für sehr alt geltenden Reinstorpischen Handschrift: eine Lesart, welche sich jedoch an das Statut von 1292 G, 5 anlehnt, das twee unberopen luden dhe (wonachtig syn in desser stad) liest, wo die eingeklammerten Worte auf einer radirten Stelle von anderer Hand geschrieben sind, und so ist es 1497 § 18 geblieben.

4) Das Ausschließliche liegt in dem Wort sines sülves Hand. Es würde meines Erachtens die Stelle unrichtig aufgefaßt werden, wenn man das sülves im Gegensatz zu tween erffhaftigen Lüden in der Art stellte, als ob dann sein Eid nicht, sondern nur bei Nachtverbrechen erforderlich sei.

5) Vgl. Cropp a. a. O. S. 386 ff.

6) Vgl. 1292 C, 26. 1497 E, 27.

bedürftige Thatsache, von der freilich bei dem damaligen Mangel eines schriftlichen Protocolls [7]) dieses nicht urkunden konnte.

2. Es mußte die That der Angabe nach binnen dessen wicbelde geschehen sein, VI, 5, 1. VI, 12, 1. Diese Beschränkung will denn nun sicher nicht so viel sagen, daß bei Thaten ausserhalb unseres Stadtsprengels der Eid unzulässig gewesen wäre, sondern unstreitig sollte damit nur bei einem für dieses Stadt-Weichbild gefundenen Ordele nichts über die ausserstädtischen Verhältnisse, des Gebiets oder der Nachbarstaaten, abgesprochen sein. [8])

§ 12.

Aber freilich konnte dies ehrenvolle Eidesrecht nur von einem Ehrenmanne in Anspruch genommen werden. Es ist somit VI, 5 nach dem Ordel VI, 12 dahin zu restringiren. Daraus folgte von selbst, daß wer nicht mehr dafür gelten konnte, auch nicht mehr dieses Ehrenrechtes theilhaftig war. Man würde die Sache unrichtig darstellen, wollte man die Fälle, wo der Beklagte darum, weil er nicht mehr für einen Ehrenmann galt, nicht schwören durfte, als Ausnahmen von der allgemeinen Zulassung zum Eidesrecht behandeln. Sie waren vielmehr eine durchaus consequente Folge der richtig verstandenen Regel.

Bei der Fortbildung des Rechts beschäftigte man sich mit der genaueren Angabe der Fälle, wo der Mann nicht mehr des Eidesrechts würdig, wo er nicht mehr, wie die Ausdrücke heißen, ein unberopen man VI, 12, 2, oder ein unberopen man sines Rüchtes VI, 12, 1 war.

So heißt es zuerst 1292 G, 11:

Jd ne si also dhat he ein beropen man si. oder verveſt. oder in dheme breve ſta.

Nach den von mir bereits in früheren Vorträgen gegebenen Aufschlüssen [1]) sind diese Bestimmungen nur so zu verstehen, daß des Eidesrechts verlustig war, wer beropen, wer also bereits vor

---

7) Vgl. meine Aphorismen über Lappenberg's Urkundenbuch § 32.
8) Die Richtigkeit meiner Ansicht bestätigt sich aus anderen Vorschriften, z. B. VI, 6. XII, 1 a. E.
1) Vgl. das Allegat § 11 Anm. 7.

Gericht eines nachtheiligen Gerüchtes theilhaftig, oder wer bereits einmal verfestet war, worüber ursprünglich eben so wenig als über andere Findungen vollständige Gerichtsbücher existirten, oder wer bereits in dem Gerichtsbuche stand, als ein durch ein Urtheil sonst Condemnirter, was auf besondere Umstände ankam, ohne daß darum der Betheiligte etwa mehr, wie sonst gravirt erschien, eben weil es lediglich auf den Antrag der Partheien hinauslief, ob die Findung ins Gerichtsbuch eingetragen werden sollte, oder nicht.

Diese Bestimmungen mußten nothwendig eine Abänderung erleiden, als bereits Register von Verfestungen angelegt waren. Daher erscheinen sie 1497 E, 5 in folgender Abfassung:

> Jd ne sy also dhat he en beropen man sy, edder vorvestet, edder syner vndaet haluen bescreuen vnde angheteĸent were,

wo aber die letzten Worte noch immer sich nur darauf beziehen, ob das Strafurtheil ins Buch eingetragen war, weil selbst 1497 dies noch nicht mit allen Straf-Erkenntnissen geschah.

§ 13.

Die Legislation des sechzehnten Jahrhunderts.

Es ist nothwendig, sich die Lage der Legislation bei uns bis zum sechzehnten Jahrhundert deutlich zu machen, um recht klar zu sehen, wie sie von den Verfassern des neusten Statuts verkannt und, man muß leider sagen, verpfuscht ist. Statt entweder die alte Germanische Theorie vom Eidesprivilegium des Ehrenmannes ganz aufzugeben, und die Canonische Lehre vom Reinigungseide des Verdächtigen sich anzueignen, oder jenes ganz beizubehalten, entstand folgendes Zwitterding im Statut von 1605 I, 34, 9:

> Wenn ein unberüchtigter Mann, einer Mishandlung halber, die in dieser Stadt oder derselben Gebiete geschehen, beschuldiget wird, und derselbige mit handhaftiger That nicht ist betreten, oder der Bezüchtigung, wie Rechtens, nicht überzeuget werden kann; der ist näher, seine Ehre und Unschuld mit seinem Eide zu verbitten, als Jemand ihm dieselbe abzugewinnen hat. Aber leichtfertigen berüchtigten Personen, oder verfesteten, oder die, ihrer Unthat

halber, angezeichnet sind, soll es zum Eide nicht gelassen werden.

Wir wollen nicht bei der schlechten Construction des Schlußsatzes, noch dabei verweilen, daß bei der Beschaffenheit der Gerichtsbücher im sechzehnten Jahrhundert der ganze Schlußsatz hätte umgearbeitet werden müssen. Aber daß nun doch ein Zeugenbeweis den Beklagten des Eidesrechts berauben sollte, war eine offenbare Einstreuung des Canonischen Princips, und hob das alte Sächsische Vorrecht ganz auf, so daß man genau genommen mit historischer Wahrheit nicht sagen kann, wie es im N. Arch. d. Crim. 6, 425 heißt, dieses Gesetz enthalte eine auf uralten Principien beruhende Begünstigung des Reinigungseides. Vielmehr enthält es eine wunderliche Vermischung der heterogenen Elemente des alten Nationalrechts und der geistlichen Gerichtspraxis: eine Vermischung, der man sich übrigens wohl vielleicht nie bei uns bewußt geworden ist, und die man erst mit der neusten Praxis nur darum, weil diese sich an die gemeinrechtliche Doctrin und Praxis anschloß, aufgegeben hat, nicht aber etwa weil nun der Wirrwarr unleidlich geworden wäre.

Wie dieser Wirrwarr in Legislation und Praxis sich unausgesetzt, von den neusten Zeiten abgesehen, behauptet hat, davon werde ich die deutlichsten Nachweisungen geben können.

§ 14.

Die Praxis.

Oben an muß hier eine Richtung der Praxis stehen, welche ganz offenbar dem alten Sächsischen Vorrechte in seiner Unvermischtheit treu geblieben ist. Zufolge einer hiesigen alten Rechtsgewohnheit, welche man noch bis in den Anfang des achtzehnten Jahrhunderts bei uns verfolgen kann, hatte ein von einer Hure des Umgangs mit ihr beschuldigter Mann ohne Weiteres durch einen Eid sich zu reinigen. In der Aussage der leichtfertigen Person konnte nicht einmal ein Verdacht gegen den Mann gefunden werden, weshalb eine Reinigung nicht blos überflüssig, sondern auch, nach unseren Begriffen, sogar ehrenrührig hätte gefunden werden, und die Praxis gegen den Eid sein müssen. Nichts desto weniger blieb darin die Praxis consequent, und wird bezeugt von Schlüter († 1719) zum neusten Statut 1, 34, 9, und bestätigt in dem

Entwurf der revidirten Gerichtsordnung von 1711, LV, 7, wiewohl einzelne Abweichungen vorkamen, z. B. wenn nach Schlüter es den Anschein hat, als ob erst vom Fiscal auf den Eid hätte damals angetragen werden müssen, wogegen der Entwurf bestimmt, daß, wenn der Mann sich auffergerichtlich dazu versteht, es einer fiscalischen Anklage nicht bedürfe ꝛc. Es ist übrigens ganz interessant, diese Praxis auch noch in ihren späteren Zügen zu verfolgen, namentlich im erwähnten Entwurf, LV, 8, dann in den auffergerichtlichen Senats-Verfügungen vom 27. Juni 1732 (Mandatensamml. 3, 1176 ff.), ferner in Krieger († 1746) Introduct. in praxin Hamb. Cap. XI Sect. 9 § 1 und in Klefeker's Samml. Hamb. Ges. 3, 492 ff. Man sieht, daß im Zeitverlauf der Eid als eine Last angesehen worden ist, was denn nicht auffallen kann. Aber bemerkenswerth ist es, daß schon Schlüter so wenig in dieser Materie orientirt war, daß er jene Gewohnheit als eine contra opinionem omnium criminalistarum et sanam rationem, und die nicht dürfe in consequentiam trahi, bezeichnet, statt darin den Ueberrest einer alten Volksansicht zu erkennen.

§ 15.

Ueber das Schwanken der Praxis in der Materie vom Reinigungseide und die dadurch beurkundete Fortdauer des fortwährenden Kampfes zwischen den beiden entgegengesetzten Systemen hat das älteste Niedergerichtliche Ordelbuch folgenden Fall von 1598:

„Jasper von Dortmundt beklagt Hans Ganser Nürnberger Boten, Kläger habe am 6. October 1598 dem Beklagten ein Päckchen, worin 86 Ungarische Ducaten, mitgegeben, um dasselbe, versiegelt und zugebunden, an Philipis von Orle in Nürnberg zu überliefern, wie er solches mit einem Extract aus seinem Handelsbuche, den er gerichtlich zu verlesen gebeten, beweise. Nun habe sich danach gefunden, als Beklagter das Päckchen an von Orle überliefert, daß es offen gewesen, und das Pettschaft also versehrt, daß man es nicht mehr erkennen können, und als sie die Ducaten gezählt, hätten 23 daran gefehlt, wie er solches mit einem instrumentirten Zeugniß bescheinigt. Er bat den Beklagten, der das Päckchen wohl conditionirt und zugebunden empfangen, in die Bezahlung der 23 Ducaten zu verurtheilen.

Cablitz Namens des Beklagten excipirte, die Klage sei wider Recht und Billigkeit, weshalb er super illatis iniuriis protestire. Zwar habe Beklagter vom Kläger ein Päckchen mit Gold, das versiegelt gewesen, empfangen. Doch hätte der Kläger dem Beklagten dasselbe, damit er wissen können, daß 86 Stück Goldes darin, nicht zugestellt, und habe er das Päckchen, wie er es empfangen, wiederum überliefert, wie er solches mit einem instrumentirten Zeugniß darthue.

Mengart replicirte, die Zeugen deponirten, was sie in des Postmeisters Hause gesehen, und könne es doch sein, daß der Beklagte auf dem Wege, als er es in Orle's Haus getragen, Etwas daraus verloren.

Die Niedergerichtliche Findung vom 27. August 1599, die Cablitz Namens des Beklagten sofort an den Rath schalt, ging dahin: Daß der Beklagte in diesem Gerichte erscheinen, und sich bei seinem leiblichen Eide erklären solle, daß er kein Gold aus dem Päckchen genommen, und daß er auch keine Wissenschaft davon habe, wo solch Gold daraus gekommen. Wenn solches geschehen, wird er von der angestellten Klage absolvirt.

Weiter kommt die Sache in dem N. G. Urtheilsbuche nicht vor. Ebenso ist mir das Schicksal derselben beim Rath unbekannt. Abgesehen davon, daß nach unseren Rechtsbegriffen eine dem Kläger günstigere Entscheidung hätte erfolgen müssen, was uns hier überall nicht, und auch insbesondere darum nicht interessirt, weil der Kläger sich bei jener Findung beruhigt hat, — ist der Fall darum wichtig, weil er beweist, daß auch ohne Zuschiebung eines Eides abseiten des Klägers darauf erkannt worden ist (s. unten § 20 ff.), daß ferner ohne alle Indicien auf einen Reinigungseid erkannt worden, in so fern also das alte Princip beobachtet zu sein scheint, daß aber dagegen in der Anfechtung der Findung abseiten des Beklagten allerdings schon die Ansicht von der Ehrenrührigkeit eines solchen Eides im Canonischen Rechtssinne sehr wohl gefunden werden kann[1]).

---

1) Bekanntlich verwirft die Doctrin den Eidesantrag in Injuriensachen für das gemeine Recht unbedingt. Vgl. Hefftter Criminalrecht S. 336 und dazu Anm. 6. Wenn man aber mit von der Fecht zu unserem neuesten Statut I, 34, 9 wegen der allgemeinen

§ 16.

Auch zur Zeit der Abfassung des neusten Statuts währte dasselbe Schwanken der Praxis in dieser Materie fort. Es ist eine Bemerkung des Bürgermeisters Vincent Moller, eines der thätigsten Mitarbeiter an der Revision des Stadtrechts und Redacteurs auch gerade des hier in Rede stehenden Titels (Vgl. Vorrede zur neusten Ausgabe S. VIII u. XV), daß, wenn Indicien vorhanden sind, welche zur Tortur genügen, selbst der unberüchtigte Mann nicht zum Reinigungseide zugelassen werde, und von der Fecht hat dieselbe Bemerkung in seinen Commentar zu I, 34, 9 aufgenommen. Hierin war also die Praxis schon weiter gegangen, als das neuste Statut selbst, welches doch einen vollständigen Zeugenbeweis verlangt. Derselbe Bürgermeister Moller ad I, 34, 9 meint schon, unter Berufung auf des gelehrten Wittenbergers Heig quaest. 40 part. 1, der Reinigungseid setze nothwendig ein ungünstiges Gerücht und wahrscheinliche Vermuthungen (coniecturae verisimiles) eines belasteten Gewissens voraus. So sei vom Senat nach dem Gutachten der Wittenberger Juristenfacultät am 28. September 1610 in Sachen des Fiscals c. Claus Sauken erkannt: Wird der Angeklagte mit seinem Eide erhalten, daß er an N. N. keinen Stich gethan, so soll er von der peinlichen Klage entfreiet sein. Jedoch soll er, weil er in Flocken und Ferden gewesen, schuldig sein sich mit dem Herrn Gerichtsverwalter abzufinden [1]). Aehnlich

---

Fassung des Gesetzes dasselbe auch für den Fall gelten lassen darf, wo der Ankläger den Eid zuschiebt: so würde er dies auch in Injuriensachen bei uns thun dürfen. Es ist dabei zu berücksichtigen, daß unser älteres Recht bekanntlich 1270 IX, 16. 1276 IX, 17. 1292 M, 13. 1497 M, 1. den Eid bei Quadsprechen hinter dem Rücken nur unter besonderen Umständen verbot, aber daß das neueste Statut IV, 58 diese alte Bestimmung nicht aufgenommen, also nicht mehr anerkannt hat.

1) Scheele zu Stat. IV, 24 bemerkt, daß ein Präjudicat in den obs. ad I, 34, 9 befindlich sei, wonach N. N., des Art. 24 ungeachtet, und also ungeachtet er auf frischer That betroffen, gegen das Statut auf fürgehendes sein Jurament von peinlicher Klage absolvirt worden. Es scheint dies das obige Mollersche Präjudicat von 1610 zu sein. Irre ich nicht darin, so wäre dies

sei am 28. August 1612 in Sachen des Fiscals c. Hans Vollschen entschieden, und den Eid habe auf die Belehrung der Leipziger auch Hans Koßler wegen Verdachts des Gattenmordes am 3. März 1615 geleistet. Clan hat ausserdem noch ein Präjudicat vom 1. December 1626, wo auf die Rechtsbelehrung der Rostocker Juristen-Facultät dem Heinrich Höneken aus Boizenburg ein Eid dahin auferlegt wurde, daß er das verkaufte Korn nicht vergiftet, auch als er es allhier verkauft, keine Wissenschaft davon gehabt, daß es vergiftet gewesen. Nach Ableistung desselben wurde er von der peinlichen Klage absolvirt, jedoch mußte er seine eigene Atzung zahlen, und sich mit dem Beschädigten abfinden. Es scheint auch hier nur auf Indicien der Reinigungseid erkannt zu sein.

So wirft auch offenbar in dem Canonischen Rechtssinne der Bm. Moller die Frage auf, ob Jemand, dem ein Reinigungseid zuerkannt sei, zum Beweise seiner Unschuld zugelassen werden könne. Für die Bejahung sei erkannt in S. N. c. N. im September 1615. Nach den Sächsischen Volksansichten würde der Eidesberechtigte sich gar nicht zu dem Erbieten eines anderweitigen Beweises seiner Unschuld haben verstehen mögen und können. Er hätte Gefahr gelaufen, dadurch an seiner Ehre Einbuße zu erleiden, und es wäre sein ganzer Stamm, seine Familie dabei betheiligt gewesen.

Aus diesen Rechtsfällen ist übrigens ersichtlich, daß die Universitäts-Belehrungen ihren Antheil zu der Verbreitung der Canonischen Ansicht vom Reinigungseide und zu dem Wirrwarr in unserer Praxis und wohl selbst Legislation beigetragen haben.

Bluhme zu I, 34, 1 hat sogar schon folgendes Präjudicat: In Sachen Catharina Finken c. Mathias Voß ward am 1. Juli 1639 erkannt, daß Beklagter sich vermöge Stat. 1, 34, 1 mit dem deferirten Eide soll purgiren, daß er die Klägerin nicht

---

Präjudicat doppelt merkwürdig. Nicht blos nämlich weil man darin sehen würde, wie willkührlich auch hier beim Eide die Praxis mit alten Rechten verfuhr, offenbar diesmal, wie so oft, durch die Unkenntniß der Juristen-Facultäten von unseren topischen Rechten verleitet, sondern auch weil die Handhaftigkeit in einer Ausdehnung hier aufgefaßt wurde, wie es sonst nicht vorkommt.

fleischlich erkannt, in Verbleibung dessen soll er laut IV, 28 das Kind zu alimentiren, und die geforderten 100 ℔ mit den Kosten der Klägerin zu erlegen schuldig sein.

Es wird überflüssig sein, die Praxis hier weiter bis in die neueren und neusten Zeiten zu verfolgen.

§ 17.

II. Der Unterschied zwischen der auf Eid und der auf Beweis gestützten Klage.

Cropp Crim. Beitr. 2, 2, 405. 406 bemerkt auch schon für das alt Hamburgische Criminalverfahren, daß der Ankläger nicht habe mutiren dürfen, wenn er einmal die Sache auf den Eid des Angeklagten habe ankommen lassen. Er beruft sich auf Schlesisches Landr. IV, 14 distinct. 2—4 (Böhme Th. 5 S. 12). Allein theils ist die ganze Darstellung Cropp's nicht getreu historisch, theils weist er nicht den Grund dieser, nach unseren heutigen Rechtsbegriffen äusserst auffallenden Erscheinung nach.

Dieser Grund wird nun aber wohl unstreitig und lediglich in dem ursprünglichen Gerichtsverfahren, sofern dasselbe sich auf einen gerichtlichen Zweikampf im Anschluß an die alte kriegerische Volkssitte reducirte, gefunden werden können. Denn entweder trat der Ankläger ganz allein auf: alsdann ließ er es von selbst auf den Eid des Angeklagten ankommen, welcher Eid also auch nicht etwa, weder im Wesen noch in der Form, als ein Beweismittel gelten konnte, da er ein Vorrecht, eine Ausschließung jedes, selbst des bündigsten, des Zeugenbeweises enthielt. Stellte der Angeklagte sich mit seinen Eideshelfern, oder als später diese abkamen, allein zum Schwur, so lag es in dem Verhältniß des Zweikampfes selbst ohne Weiteres, daß der Ankläger nun nicht mehr zurücktreten konnte. Oder dieser brachte Zeugen mit, um seiner Sache dadurch mehr Nachdruck zu verschaffen, und den Angeklagten und dessen Anhänger vom Eide abzuschrecken. Ursprünglich verlief sich auch dann die Sache so, daß der Angeklagte nichts desto weniger schwören durfte. Als nun aber später dieses Recht des Beklagten abkam, und der Ankläger zum Beweise zugelassen werden konnte, war es eben deshalb, weil er es nicht von Anfang an blos auf den Eid des Angeklagten ohne Weiteres

hatte ankommen lassen, für den Kläger unthunlich, darauf zurückzutreten, wenn er einmal Zeugen zugezogen und in sein Interesse gerichtlich eingemischt hatte. Consequent entwickelt sich aber aus dieser Entstehung des Verfahrens der Satz, daß es gewiß ursprünglich dem Ankläger nicht kann freigestanden haben, sich des Eides eventuell zu bedienen, sondern daß, wenn er einmal den Zeugenbeweis gewählt hatte, die Eideszuschiebung ihm nicht mehr verstattet war, falls der Zeugenbeweis fehlschlug. Man war eben gewohnt, die beiden Angriffsarten als zwei ganz wesentlich von einander getrennte und sich widersprechende zu betrachten, und es wäre ebenso unerhört gewesen, vom Beweise zum Eide überzuspringen, wie beim Pistolenduell sich des Degens zu bedienen. Uebrigens unterschied sich auch hier nicht der Civilproceß vom Criminalverfahren; ihre Grundidee, ihre Grundlagen waren dieselben, und man findet daher im ältesten Statut die Vorschriften für beide ganz allgemein aufgestellt.

§ 18.

Der Sächsische Proceß.

Sehr merkwürdig ist es, daß der Sächsische Proceß diese Auffassung bestätigt, indem er Klage auf Eid und Klage auf Beweis unterscheidet, und den Eid nicht für ein Beweismittel, sondern für einen Ausweg, den Beweis zu umgehen, ansieht, auch eben so wenig dem Kläger nach der Litiscontestation vom Beweis auf den Eid überzugehen, als einen Eidesvorbehalt in der Klage auf Beweis gestattet. Diese Eigenthümlichkeiten des Sächsischen Processes hat daher, weil sie aus gemeinschaftlichen Volksansichten geflossen waren, unser neustes Statut bestätigt I, 34, 1 [1]), und die Praxis würde niemals haben schwanken können, hätte sie den geschichtlichen Boden unter ihren Füßen behalten. Noch Meurer und Schlüter zu jener Stelle des Statuts führen

---

1) Vgl. Cropp Jurist. Abh. 1, 266. 67. Schlüter zum Stat. 1, 34, 1. Die Bestimmung findet sich schon früher, und zwar zuerst 1497 C, 2, 2: Tuth men ok up neen bewyss, so mach de beclaghede syck weren myt syneme eede. Vermuthlich beruht die § 15 erwähnte Findung vom 27. August 1599 auf diese damals noch geltende Bestimmung.

ein Präjudicat vom 8. October 1675 Tiling c. Hesterberg an, welches in Revisorio bestätigt ist, und wonach bei einer Beweisklage die Eidesdelation unstatthaft erachtet wurde. Dagegen ward, wie Uffelmann bemerkt, in Sachen Weber c. Völckers den 26. Januar 1683 ein Eidesvorbehalt im Klaglibell für wirksam erklärt, und Schulte († 1697) bezeugt sogar, daß schon zu seiner Zeit auch ohne einen solchen Vorbehalt eine Eideszuschiebung zugelassen worden sei.

§ 19.

Unsere Praxis.

Wie unsicher die Praxis von Alters her bei uns in dieser Materie war, beweisen die von Wördenhoff aus den Jahren 1617 u. 1620 angeführten Präjudicate, wo dem Kläger gestattet worden ist, von der Klage auf Beweis zur Klage auf Eid überzuspringen. So bezeugt denn auch Schlüter († 1719) die schwankende Praxis seiner Zeit, also ein Jahrhundert später, und man sieht deutlich aus einer Bemerkung des Actuars Müller († 1733), daß dies aus einer Unkenntniß des Sächsischen Processes herrührte. Der Entwurf zur Rev. G. O. von 1711 34, 2 gestattete die Eidesdelation ausdrücklich auch noch nach der Kriegsbefestigung, was wenigstens die damalige Zeitansicht beurkundet (Cropp a. a. O. Anm. 5) vgl. dazu Langenbeck ad h. a. Dagegen ist das Präjudicat vom 17. Mai 1700 Stecklers c. Albers, das Anderson ad h. a. allegirt, bemerkenswerth, wo die Eideszuschiebung verworfen wurde, weil sie nicht im Klaglibelle geschehen war. Ebenso Casten c. Möller den 28. Februar 1701.

Jetzt ist bei uns nach unbestrittener Praxis die Eideszuschiebung ein wahres Beweismittel geworden, und statthaft, sich nachher im Beweisverfahren desselben, wie jedes anderen Beweismittels, ohne daß man in der Klage eine desfallsige Erklärung oder auch nur einen Vorbehalt aufgestellt zu haben braucht, zu bedienen. Nach Cropp's Ausführung Abh. 1, 270 ff. muß dies in der Regel innerhalb der Beweisfrist geschehen, allein nach unserer constanten Praxis genügt auch schon ein ganz genereller Vorbehalt, um darauf bei verfehltem anderweitigem Beweise zurückkommen zu dürfen.

§ 20.

III. Die Eideszuschiebung.

Es ist früher unter den Germanisten Streit darüber gewesen, ob dem Deutschen Rechte die Eideszuschiebung in der Eichhornschen dritten Geschichtsperiode (vor 1272) bekannt gewesen ist. Früher war Eichhorn für die Bejahung dieser Frage: so in der ersten Ausgabe des zweiten Bandes seiner Rechtsgeschichte, indem er dies aus Sachsenspiegel 1, 6. 7. folgern zu können glaubte. Allein er hat sich nachher dagegen erklärt, und ist bei diesem Widerspruch auch in der vierten Ausgabe seiner R. G. 2, 759 verblieben.

Im Allgemeinen läßt sich annehmen, daß in unserem Altdeutschen Proceß die Eideszuschiebung nicht vorgekommen sein kann. Der unbescholtene Freie wird sein Vorrecht geltend gemacht haben, sich von dem Anspruch durch seinen Eid zu befreien, dem Zweikampfe auf diese Weise zuvorzukommen. Wem aber das Recht nicht mehr zustand, der wird gewiß nicht zum Eide zugelassen sein. Es lag also für den Kläger kein Grund vor, weder in dem einen noch in dem andern Falle, eine Thätigkeit seinerseits anzuwenden, wie sie in der Eidesdelation enthalten ist, welche im Römischen Rechte wurzelt (vgl. Hefftter Institutionen des Civilprocesses S. 190 ff.). Ebenso wenig liegt aber auch in dem Begriffe dieses Römischen Rechts-Instituts irgend Etwas, wodurch man im Allgemeinen veranlaßt werden könnte, anzunehmen, es sei unmöglich darauf zu verfallen, ohne mit dem Römischen Rechte bekannt zu sein, und jene Delation aus demselben zu entlehnen [1]). Gab man erst die Ansicht von dem Eides-

---

1) Es scheint überhaupt äusserst bedenklich, wenn man in unserem topischen Rechte Rechtsinstituten begegnet, welche auch im Römischen Rechte vorkommen, daraus auf die Bekanntschaft unserer Vorfahren mit diesem oder gar auf die Reception desselben Schlüsse sich zu erlauben. Manche Rechtsinstitute können sich überall und unabhängig von einem anderen ausgebildeteren positiven Rechte, z. B. vom Römischen Rechte, antreffen lassen. Nur die tiefere und gründlichere Ausbildung des rohen Begriffs gehört einer späteren Zeit des durch das Studium des Römischen Rechts entwickelteren Rechtsbewußtseins. Allein wenn man in unserem ältesten Statut z. B. einer Verjährung mehrmals begegnet, so ist es ein so natür-

rechte auf, oder verdunkelte sich dieselbe in dem Rechtsbewußtsein, so läßt es sich ziemlich als naturgemäß und als gar nicht auffallend denken, daß der Kläger, welcher seinen Anspruch nicht beweisen konnte, und doch überzeugt war, eidlich abschwören werde sein Widersacher ihn nicht, seine Zuflucht dazu nahm, ihn zu einem solchen Eide zwingen zu wollen.

Somit wird es gewiß nicht befremden können, wenn man Spuren der Eideszuschiebung, aber freilich zu einer Zeit erst antrifft, wo eben das alte Eidesrecht schon angefangen hatte, in den Hintergrund zu treten, und die Zeit anbrach, wo man auf Beweis oder auf Eid zu klagen anfing.

Der Verfolg wird dies auf geschichtlichem Wege näher nachweisen.

§ 21.

Aeltere Rechtsgeschichte.

In unseren ältesten Statuten von 1270, 1276 und 1292 finden wir gar keinen Anhalt für die Ansicht, die Eichhorn früher in jene Zeit verlegte. Zu dem Statut von 1292 ist von andrer Hand hinzugeschrieben, ohne daß sich jedoch die Zeit weiter ermitteln läßt, als daß 1497 man diesen Zusatz nur mit einigen unwesentlichen Erweiterungen ins Statut aufgenommen findet, der folgende Artikel G, 29:

So we schuld vordert na doder hand, dar he nynen tuch to heft: wil des doden erfname zik des weren mit zineme rechte, dat eme de dode, van des weghene he de schult vordert, der schult zi nicht schuldich gebleuen, dat

---

liches Princip, die Rechtsverfolgung an gewisse Zeitfristen zu binden, zumal da, wo, wie im Altgermanischen Rechtsverfahren, das formelle Recht sich vorzüglich geltend machte, daß es durchaus gewagt ist, in solchen Spuren gleich die Nachahmung des Römischen Rechts erkennen zu wollen. Man wird dies um so weniger sich erlauben dürfen, wenn ein Institut, wie die Verjährung, gerade in solchen Materien vorkommt, wo es durchaus unwahrscheinlich ist, daß sie von dem fremden Recht Etwas angenommen haben sollten, z. B. 1270 III, 1. 9. VI, 18. 31. VII, 2. 17. XII, 6. Erst im Statut von 1497 G, 4, der Quelle der Verjährungslehre von 1605, wird der Einfluß des Römischen Rechts sichtbar. Dort kommt zuerst der Ausdruck vor **mit gheborlyker ankumpst truwelyken** (bona fides).

mach he doen (1497 setzt hier hinzu E, 24: in deme he gud bescheyt secht wor van eme bewust sy, den doden nycht schuldich syn ghebleuen). Wil he aver des nicht doen, vnde wil deme anderen den eeth tholegghen, dat he zine schult zuluen holden schal (1497: schal gelden), so schal he zine schult zuluen holden myd zineme eede. Wil he des nicht doen, so schal de erfname leddich vnde los wesen van ziner Klage. (1497 hat dann noch Folgendes: Weyghert auerst de erue to swerende, vnde oek den eed to gheuende, so mach de cleger syck behelpen myt allerhande bewyse, in den rechten vorlovet vnde bestedighet.)

Man muß zum richtigen Verständniß dieser sehr merkwürdigen Stelle vor allen Dingen erwägen, daß das bisher viel besprochene Eidesrecht offenbar da nicht in Anwendung kommen konnte, wo der Beklagte selbst nicht mehr am Leben war, und wo der Gläubiger den Erben gerichtlich in Anspruch nahm (vordern hat diesen Begriff, vgl. meinen Vortrag über Zurechnung § 19). Hier half der Sachsenspiegel auf die wunderliche, in der Rechtsgeschichte ziemlich verrufen gewordene Weise, daß er 1, 6, 2 vom Kläger verlangt, er solle den Erben, wie es heißt, geinnern, als recht is, mit zwen vnd sibinczg mannen, die alle vri schephenbare sin oder echt geborne lazen. So weit ging unser Statut nicht, aber es läßt bei Forderungen über 10 Mark den Erben gegenüber nur Rathmänner als Zeugen zu, und zwar ist es bei dieser Bestimmung 1270 1, 19. 1276 1, 20. 1292 H, 19 und 1497 E, 23 [1]) geblieben, so daß die Vermuthung sehr nahe liegt, es habe nur bei einem solchen und höheren Betrage gerichtlich (vor Rathmännern) vom Verstorbenen anerkannte Ansprüche gestatten wollen gegen Erben noch geltend zu machen, weil diesen die Wohlthat des Eides fehlte. Ja der Erbe konnte gar nicht mehr in Anspruch genommen werden, selbst mittelst eines so solennen

---

1) Vgl. Sydow Erbr. d. Sachsenspiegels (1828) S. 342 Anm. 1054, der nach Anleitung von Anderson (S. 38 Anm. 2) die 10 ℔ Silbers auf 80 Thaler berechnet. Nach der Angabe des Herrn Dr. Reimarus in unserer Zeitschrift 1, 3, 454 kommen die zehn Mark Silbers auf Bco.℔ 193 = 9 ß, also, dies nach dem Cours von 25 pCt. auf Courant reducirt, als Crt.℔ 241 = 15 ß hiesiges Courant, also auf etwas mehr als 96 Thaler Preuß. Courant aus.

Beweises der Erbschaftsschulden nicht, wenn der Erblasser in seiner letzten Krankheit den Gläubiger zu sich entboten, und dieser sich nicht eingefunden hatte [2]). Davon aber, daß der Erbe sich dem

---

2) Stadtr. von 1270 VII, 19. 1276 VII, 20. 1292 IX, 17. 1497 E, 22. Sydow S. 342 erwähnt, daß sich von diesem Hamburgischen Recht im Sachsenspiegel nicht eine Spur finde. Cropp Abh. 2, 476 Anm. bemerkt, es scheine bei uns in älterer Zeit öfters vorgekommen zu sein, daß man bei herannahendem Lebensende mit seinen Gläubigern abgerechnet habe, um seinen Erben die Angelegenheiten geordnet zu hinterlassen. Vgl. 1270 VI, 7, 1276 eod. 1292, E, 16. 1497, I, 18. Unser Statut weicht auch darin vom Sachsenspiegel 1, 52, 2 u. 4 und von andern Statuten ab, daß es bei solchen Handlungen auf die körperliche Gesundheit nicht sieht, sondern vielmehr ausdrücklich hinzusetzt, er sei gesund oder krank, und 1270 VI, 2 und VII, 19 sogar nur annimmt, er sei krank. Vgl. über den entgegenstehenden Grundsatz des Sachsenspiegels und die möglichen Ursachen dieses Grundsatzes Falck Schlesw. Holst. Privatr. 4, 109 ff. Ließe sich übrigens mit Cropp jene Sitte bei uns behaupten, so wäre es um so natürlicher gewesen, die Ansprüche eines Gläubigers nach dem Tode seines Schuldners verdächtig zu finden, und auch deshalb ohne die Geltendmachung derselben zu erschweren, so wie den Eid der Erben nur darauf zu stellen, daß der Verstorbene die Schuld nicht schuldig geblieben. Es wäre mit dieser Sitte eine Vorschrift in Zusammenhang zu bringen, die sich nur in der von Lappenberg als die wichtigste mit A. bezeichnete Handschrift unseres Ordelbuches von 1270 I, 19, aber in keiner andern, und eben so wenig in Hach Cod. Lub. III, 260. Stat. Stad. 1, 16 (Puf. I app. p. 176) Stat. Rig. 18 (Puf. III, app. p. 230) findet. Lappenberg Vorr. zu den R. A. S. LXVIII meint (vgl. S. LXII), sie sei aus einem älteren Vertrage der Stadt mit einem fremden Staate entlehnt. Sie heißt so:

> Wenn Jemand aus der Stadt fährt oder reitet, und auſſer der Stadt stirbt oder auſſer der Stadt erschlagen oder ermordet wird, und Jemandem, es sei Gast oder Bürger, schuldig wäre: können sie das beweisen mit zwei biderben Männern, die Erbe haben, so soll der, welcher **sin Erve upnimt**, zahlen.

Ich muß es mir aber vorbehalten, diese Vorschrift und deren Zusammenhang mit andern alten Rechten in dieser Beziehung zu besprechen, wenn das alte Concurs- und Erbrecht abzuhandeln ist, weshalb ich einstweilen auf meine Aphorismen über Lappenberg's Urkundenbuch § 13 verweise. — Beiläufig möchte ich noch darauf hindeuten, daß vermuthlich die Auseinandersetzungen mit den Gläubigern vor Rathmännern, also gerichtlich vorgenommen worden sind, wie das nicht blos aus dem Nationalsächsischen Princip der

Gläubiger seines Erblassers gegenüber des Eidesrechts hätte bedienen können, findet sich in unseren alten Statuten des dreizehnten Jahrhunderts keine Spur. Damals verfiel man noch gar nicht auf den Gedanken, den Erben in der Art als den Vertreter seines Erblasses zu behandeln, daß er auch an seiner Stelle den gerichtlichen Zweikampf hätte bestehen müssen oder sich hätte durch das Eidesrecht diesem entziehen können.

Nach dem Statut von 1292 kam die Ansicht auf, daß der Erbe doch wohl auch in so fern einen Eid leisten könne, als dieser nur darauf ging, daß der Verstorbene die Schuld nicht schuldig geblieben, also wohl schuldig gewesen, aber sie auf irgend eine Art berichtigt sei. Dieses ordnet nun jener Artikel an, doch geht das Statut von 1497 strenger zu Werke, und verlangt, der Erbe müsse befriedigende Auskunft darüber zu geben im Stande sein, woher er es wisse, daß der Verstorbene nicht Schuldner geblieben sei [3]).

Will der Erbe nun aber diesen Eid nicht leisten, so soll es ihm verstattet sein, dem Kläger den Eid zuzuschieben, daß dieser seinen Anspruch mittelst eines Eides bekräftige und vor Gericht wahr mache. Will der Gläubiger dann nicht schwören, so soll der Erbe von der Klage ledig und los sein.

§ 22.

Es bemerkt Gries Commentar 1, 126, daß hier von einem angetragenen Eide nicht die Rede sei [1]). Sydow Erbrecht

---

Nothwendigkeit gerichtlicher Vornahme zur Gültigkeit der Rechtshandlungen, sondern auch daraus hervorgeht, daß zufolge 1270 1, 12 Rathmänner solche Acte bezeugen sollen. Es ist zu vermuthen, daß aus dieser Sitte die alte Form der Testamente vor Rathsherren hervorgegangen ist, wovon sich schon 1270 VI, 2 die erste Spur findet, vgl. 1276 eod. 1292 G, 2. 1497 K, 1. 1605 III, 1, 1. vgl. auch 1292 E, 10, und wobei unverkennbar die Sitte, vom Rath solche Rathmänner abzusenden, so daß diese nur als Commissarien des ganzen Raths gelten, späteren Ursprungs ist, wie sich dies aus dem Zustande der Handschrift von 1292 G, 2 ergiebt.

3) Aus dieser alten Bestimmung erklärt sich die spätere von 1605 I, 34, 11 und der dort von den Commentatoren durch Präjudicate nachgewiesene Gerichtsgebrauch, worüber s. § 23.

1) Er behauptet dort auch, daß unsere älteren Stadtrechte den Glaubens-Eid nicht kennen. Vgl. § 23 Anm. 3.

S. 340 Anm. will nicht entscheiden, ob es ganz richtig sei, hier von einer Eides-Delation zu reden.

Mir scheint die Sache sehr bestimmt erläutert und aufgeklärt werden zu können. Es ist gewiß richtig, daß jene Stelle nicht von der Eideszuschiebung des Römischen Rechts redet, die nur dem Beweispflichtigen, hier dem Kläger zusteht. Allein ein roher Begriff davon, daß eine Parthei die andere zwingen kann, einen Eid zu leisten, daß sie ihr einen Eid zuschiebt (tholegght), liegt hier ganz unverkennbar vor, und es ist eben darum diese Stelle interessant, weil sie eine Rechtsbestimmung enthält, welche sich ersichtlich unabhängig vom Römischen Rechte gebildet hat; denn sonst würde der Einfluß desselben bemerklicher geworden sein. In jener Stelle schob nicht etwa der Kläger oder der Beweispflichtige den Eid zu, sondern der Gegner, es schob also gewissermaaßen der Eidberechtigte den Eid zurück. Weiter durfte ferner der Gläubiger und Kläger nicht gehen: entweder er schwur oder er war sachfällig. Das Gesetz giebt ihm weder Raum, den Eid zurückzuschieben, noch den Beweis nun durch andere Beweismittel zu erbringen.

Vor dem Statut von 1497 fehlte es übrigens an einer ausdrücklichen gesetzlichen Vorschrift für den Fall, da der Erbe nicht schwor und auch den Eid nicht zulegte. Man ersieht aus dem Statut von 1497, daß damit der Erbe noch nicht verurtheilt werden konnte; denn der neue Zusatz verordnet für den Fall, daß dann der Kläger sich mit allerhand Beweis, in den Rechten erlaubt und bestätigt, helfen könne. Dann also bedurfte er auch nicht der Rathmannen als Zeugen, sondern ihm standen die gewöhnlichen Beweismittel, Urkunden und anderweitige Zeugen, zu Gebote (vgl. Sydow S. 340 Anm.). Hier hat man offenbar zum Römischen Recht seine Zuflucht genommen, und das altdeutsche Princip, das der Vorschrift, nur Rathmänner als Zeugen zuzulassen, zum Grunde lag, fallen lassen, dagegen das andere Princip theilweise beibehalten, wonach der Partheien-Eid ein Recht war, und nicht erzwungen werden konnte, also auch der Erbe, der sich desselben weder in der einen noch in der andern Art bedienen wollte, nicht dadurch sachfällig erschien.

§ 23.

Die Legislation und Praxis des siebzehnten und achtzehnten Jahrhunderts.

Noch merkwürdiger ist die Legislation von 1605, welche sich so sehr verstanden hat, in Achtung zu erhalten, daß man sie bis auf einige unerhebliche Wortveränderungen sorgfältig in dem Project der Gerichtsordnung von 1711 33, 13 beibehalten hat. Es heißt im Statut von 1605 I, 34, 11:

> Beklaget Jemand seines verstorbenen Schuldners Erben um Schuld, und sich keines Beweises berühmet [1]): so soll er zuvor, auf des Beklagten Begehren, den Eid vor Gefährde leisten [2]), und alsdann sein die Erben zu schwören schuldig, daß sie gänzlich glauben, der Verstorbene sei dem Kläger nichts schuldig gewesen, und daß ihnen davon nichts wissend sei [3]). Wollen sie aber schwören, daß der Verstorbene dem Kläger mit der geklagten Schuld nicht sei verhaftet geblieben, das mögen sie wohl thun, so fern sie dessen Wissenschaft haben, und Ursache derselben anzeigen können. Wollten sie aber nicht schwören, sondern dem Kläger den Eid referiren (1711 heißt es deferiren [4]): so ist derselbe die Schuld mit

---

1) Man erkennt hier den Einfluß von der Ansicht, daß der Eid kein Beweismittel, und daß eine Klage auf Beweis von der auf Eid in der Art unterschieden ist, um durch den Gebrauch der einen die Anwendbarkeit der andern auszuschließen.

2) Der Calumnien-Eid ist ebenfalls ein modernes Einschiebsel, und widerspricht der alten National-Ansicht vom Eidesrecht des Ehrenmannes.

3) Es ist schon von Gries (s. oben § 22 Anm. 1) bemerkt, daß auch dies Institut des Glaubens-Eides unseren älteren Vorfahren unbekannt gewesen ist. Man wird auch hier nicht übersehen dürfen, daß die älteren Statute vor und von 1497 von der Beeidigung des Umstandes, daß der Erblasser nichts schuldig gewesen, nicht reden, sondern nur davon, daß er es nicht schuldig geblieben. Der erstere Umstand konnte nach alter Rechtsansicht den Erben gar nicht zugemuthet werden zum Eide.

4) Eine merkwürdige Variante. Im Sinne unseres älteren Rechts ist offenbar der Ausdruck 1711 richtiger; aber das ist eben recht charakteristisch, um zu beweisen, wie man sich selbst damals noch nicht von den älteren einheimischen Rechtsansichten hatte losmachen können.

seinem Eide zu erhalten pflichtig, oder, da er sich dessen weigerte, sollen die Erben von der Klage entbunden werden. Verweigerten sich aber die Erben zu schwören, und auch den Eid dem Kläger heimzuschieben, so soll das Gericht dem Kläger den Eid deferiren (1711 zuerkennen), und nach geleistetem Eide die Beklagten fällig ertheilen.

Auf dem ersten Anblick dieser Gesetzesstelle erkennt man zwar den größeren Einfluß des Römischen Rechts. Man bedient sich schon der Ausdrücke deferiren und referiren. Es ist daher auch unzweifelhaft, daß mit Gries Comm. S. 127 dem Erben das Recht der Gewissensvertretung zugesprochen werden muß. Allein bei genauerem Eingehen auf den Inhalt des Gesetzes wird es unverkennbar, daß der Bm. Moller oder wer es sonst abgefaßt haben mag, sich von den alten Rechtsansichten nicht hat losreissen können, und daß das damalige Studium des Römischen Rechts hier nicht so weit ausgereicht hat. Er würde sonst nicht mit der Bestimmung 1, 34, 6 in Widerspruch gerathen sein, wo ausdrücklich der Beklagte der Sache verlustig vertheilt wird, der nicht in der bestimmten Zeit schwört, sein Gewissen mit Beweis vertritt oder den Eid nicht wieder anheimschiebt. Denn in unserer Stelle soll das Gericht ohne Weiteres, also ohne Antrag des Klägers oder Beklagten dem Ersteren einen Eid auferlegen, was Gries mit Recht eine singuläre Bestimmung nennt, wenn man sie vom Standpunkt des neueren Processes aus betrachtet. Allein sie ist es keineswegs, wenn man erwägt, daß zur Zeit der Abfassung des neusten Statuts die Lehre von den conventionellen Eiden unseren Gerichten noch keineswegs sehr geläufig war. Doch ist sie um so merkwürdiger, weil sie an die Stelle der früheren von 1497 getreten ist, welche dem Kläger in dem hier verstandenen Falle allerhande bewyse auferlegte, also zur Eidesleistung gar keinen Raum gab. Am merkwürdigsten ist es endlich, daß man sie 1711 sklavisch beibehalten hat.

Uebrigens scheint sich die Praxis gleichwohl, verleitet wiederum von auswärtigen, mit unseren einheimischen Rechten unbekannten Rechts-Facultäten, mit dem Gesetze schon frühzeitig nicht haben behelfen zu können. Freilich bemerkt Bluhme Präjudicate von 1649, 1664 und 1669, wo die Erben haben besonders den Um-

stand in ihren Eid aufnehmen müssen, daß ihnen auch von der Schuld nichts wissentlich sei, und der 1697 verstorbene Schulte, der von 1658 bis 1668 als Secretarius scheint sich mit dem Commentar zum Statut beschäftigt zu haben, bemerkt, daß es in der Praxis gebräuchlich sei, die Clausel dem Eide einzuschalten, daß die Handelsbücher des Verstorbenen von der Schuld nichts enthielten, und daß namentlich im August 1663 in Sachen Jaques Martini c. P. Behrenberg's Erben so erkannt sei. Allein schon der Bürgermeister Moller führt ein Präjudicat an, welches nichts weniger als der in Stat. 1, 34, 11 aufgestellten Theorie entspricht. Es hatte nämlich Christoph Jacobsen, ein Däne, des Joachim Schultzen Wittwe wegen einer Forderung von 1000 ℔ belangt, die Beklagte die Schuld geläugnet, der Kläger mit Zeugen einen Beweis versucht, aber dieser war nicht vollständig gelungen. Hierauf erkannte der Senat auf das Gutachten der Juristen-Facultät von Helmstädt am 5. Juli 1613: Schwören die Wittwe und ihr Curator, wie auch der Unmündigen Vormünder, daß sie in des verstorbenen Joachim Schultzen Kisten, Büchern und Verlassenschaft keine Nachricht, die Schuld belangend, gefunden haben, auch nach geschehener fleißiger Erkundigung noch nichts finden, soll solches gehört (werden), und darauf ferner ergehen, was Recht ist. Man findet in diesem Ausspruch auch nicht eine Spur von unserem Gesetze, und kann ihn, selbst ganz davon abgesehen, auch schon darum nicht billigen, weil auch nach allgemeinen Grundsätzen der Wittwe (nicht aber ihrem Curator, auch wohl schwerlich den Vormündern der Kinder des Verstorbenen) ein Glaubenseid darüber, daß der Verstorbene dem Kläger nichts schuldig gewesen, hätte auferlegt werden müssen. Jene Eide sind indessen geleistet, und am 13. October 1613 auf gehabten Rath der Rechtsgelehrten (welcher, wird nicht gesagt), ohne Weiteres vom Senat erkannt: Daß Kläger seine angestellte Klage und die darin vorgebrachte Geschichte nicht erwiesen, demnach die Beklagte von der Klage zu absolviren sei unter Kosten-Compensation. Gewiß eine höchst wunderliche, und ebenso ungenaue als dem Gesetz widerstreitende Motivirung!

II.

Rechtsgeschichtliche Notizen

über

die in Hamburg üblichen Friedensgebote.

Vortrag vom 10. September 1844.

Inhalt.

§ 1—3. Verwerflichkeit der Friedensgebote aus Form und Inhalt derselben.
§ 4. Aus geschichtlichen Gründen.
§ 5. Herleitung derselben aus dem Fehderecht.
§ 6. 7. Mittel diesem Rechte zu steuern.
§ 8. Namentlich das Mittel der Friedensgebote.
§ 9. 10. Wem das Recht dazu zustand?
§ 11. Weitere Ausbildung des Rechts nach 1495.
§ 12. Die Praxis vor 1603.
§ 13—17. Das neueste Statut.
§ 18. Schluß.

Rechtsgeschichtliche Notizen über die in Hamburg üblichen Friedensgebote.

Vortrag in der Sitzung der juristischen Section des historischen Vereins vom 10. September 1844.

---

§ 1.

Es ist nicht blos den hiesigen Rechtsgelehrten, sondern auch dem übrigen Publikum unserer Stadt bekannt, daß man sich bei der Polizeibehörde, so wie bei allen hiesigen Einzelrichtern, d. h. den Patronen, Landherren und Prätoren, schriftliche Befehle für eine geringe Gebühr verschaffen kann, wodurch einem Hiesigen anbefohlen wird, den Impetranten entweder nur persönlich oder auch mit den Seinigen aller Orten ungehindert zu lassen, auch sich alles Schimpfens und Scheltens zu enthalten, und unter Umständen dessen Wohnung zu meiden, Alles unter der allgemeinen Androhung scharfer Hochrichterlicher Strafe, oder Hochrichterlicher Ahndung. Es wird mit der Ertheilung solcher Befehle gewöhnlich sehr leicht verfahren, so daß sie meist ohne alle vorherige Untersuchung der Umstände, allemal aber ohne irgend eine weitere Bescheinigung, auf die mündliche Denunciation des Impetranten erfolgen. Im Anfange des vorigen Jahrhunderts scheinen sie freilich nach Krieger's Zeugniß[1]) nie anders als nach Untersuchung der Sache und bei bedeutenden Feindseligkeiten (insultus graves) erlassen zu sein, und Klefeker[2]) sagt von seiner Zeit (1768), daß sie sich „sehr selten, oder wohl gar nicht bei uns zutrügen, es möchte denn durch erbetene Commissarios

---

1) Introductio in praxin fori Hamb. cap. II. § 48 (Thes. iur. provinc. I, 494).
2) Samml. Hamb. Ges. 5, 378.

geschehen, als sie sehr öfters in Senatu auf extrajudiciales Anbringen, oder ex officio zur Vergleich- und Aussöhnung, und auch wohl zu einer Genugthuung in der Stille verfügt werden, wenn Dnus. Praetor solche nicht ausrichten kann, und die Verweisung zu Rathe der Verweisung zu Gerichte vorhergehen läßt." Allein wenn Klefeker hier es selbst dahingestellt sein läßt, ob die Senats-Commissarien, und sogar in den Sachen, worin sie deputirt werden, Friedensgebote verfügen, so spricht doch Anderson 1792[3]) von solchen Friedensgeboten als ganz gewöhnlichen Erscheinungen, die „den schon ausgebrochenen oder noch zu befürchtenden Feindseligkeiten unter gegeneinander aufgebrachten Gemüthern Gränze und Ziel setzten." Er theilt ein Formular von 1780 mit, welches im Wesentlichen mit dem heutigen übereinstimmt, erwähnt der Nothwendigkeit einer Voruntersuchung nicht, und fügt im Widerspruch mit dem allgemein auf hochrichterliche Strafe gerichteten Formular unbegreiflicher Weise hinzu: „Durch ein solches Friedensgebot wird also dem violatori unter Androhung einer Geld- oder Gefängnißstrafe (?) aufgelegt, sich ruhig zu verhalten, um die Sache näher zu untersuchen (?)."

§ 2.

Man darf nach diesen Zeugnissen annehmen, daß diese Befehle im Laufe des achtzehnten Jahrhunderts ziemlich ausser Gebrauch gekommen waren, und erst im letzten Viertel desselben wieder gebräuchlich geworden sind. Seitdem läßt es sich gar nicht läugnen, daß sie sehr häufig vorkommen, und ich bin der Meinung, daß sie bei der bevorstehenden Reform unseres Justizwesens keineswegs aus der Acht zu lassen sind, wie es gleichwohl in dem sonst so vielumfassenden Commissionsbericht an die Unterzeichner der Petition vom 8. Juni 1842 geschehen ist. Eine vieljährige Erfahrung in der Praxis hat mich nämlich davon überzeugt, daß diese Friedensgebote nicht blos insgemein ganz nutzlos und überflüssig, sondern auch gradezu schädlich sind, und die desfalls gebildete Praxis ausdrücklich aufgehoben werden muß.

---

3) Hamb. Privatr. 5, 301. 2.

§ 3.

Dies mein Verwerfungsurtheil ist sehr einfach zu rechtfertigen. Der gewöhnliche Inhalt solcher Zettel versteht sich von selbst. Es ist ja schon nach allgemeinen Rechten und ohne daß es einer speciellen Vorschrift desfalls bedürfte, Niemandem gestattet, den Andern zu molestiren, oder in der Ausübung seiner Rechte zu hindern, oder gar zu schimpfen und zu schelten. Will sich Jemand es nicht gefallen lassen, so muß man ebenfalls schon nach den generellen Rechtsbegriffen seine Wohnung meiden, und es ist auch dazu kein ausdrückliches obrigkeitliches Verbot erforderlich. Wessen Recht in einem oder in dem andern dieser Punkte durch einen Andern verletzt wird, dem steht gerichtliche und selbst polizeiliche Hülfe augenblicklich zu Gebote, auch ohne daß Behörden vorher damit gedroht zu haben brauchen. Was ist daher denn auch der häufige Erfolg solcher Befehle? Sie bleiben unbeachtet, die Betheiligten kehren sich daran nicht, und um so weniger, da die Nichtachtung der Befehle an sich von gar keinen rechtlichen Folgen begleitet ist. Daraus aber eben erwächst der Nachtheil, den man meines Erachtens insbesondere in unseren Zeiten nicht übersehen darf: ich meine die Geringschätzung gegen diejenigen Behörden, die befehlen, ohne daß man ihnen Gehorsam leistet oder auch nur zu leisten braucht. Sie bekümmern sich nämlich, so viel mir bekannt ist, nicht weiter um den Erfolg solcher Friedensgebote, nachdem sie sie einmal erlassen haben, und erst wenn der Impetrant mit einer Beschwerde über eine positive Rechtsverletzung, sie bestehe nun in Angriffen auf die Ehre oder in Gewaltthätigkeiten und Freveln, sich an die competente Behörde wendet, schreitet diese im regelmäßigen contradictorischen Verfahren, oder, falls die Polizei es ist, mit einer Untersuchung ein, ohne daß dabei auf das erlassene specielle Gebot mehr als eine höchstens nur beiläufige und additionelle Rücksicht genommen würde. Dadurch ist denn die Meinung von der Effectlosigkeit solcher Befehle insbesondere unter derjenigen Klasse unserer Bürger und Einwohner, welchen grade solche Erinnerungen, Frieden zu halten, ganz nützlich wären, ziemlich allgemein verbreitet, und sehr häufig werden Friedensgebote grade von den Beleidigern

selbst, oder doch nur impetrirt, um damit einem Andern wehe zu thun oder ihn zu ärgern.

§ 4.

Es ist gewiß nicht überflüssig, diese Erscheinung bis zu ihrem Entstehen zu verfolgen. Aus der Rechtsgeschichte wird man dann die Ueberzeugung gewinnen, daß das Institut eine ursprüngliche Bedeutung hatte, welche es im Strom der Zeiten verloren hat, und daß es aus Jahrhunderten abstammt, die auch nicht eine entfernte Aehnlichkeit mit den unsrigen für diejenigen Rechtsverhältnisse darbieten, welche hier in Betracht kommen. Hier ist abermals, wenn es dessen für die Mitglieder des Vereins bedürfen könnte, ein Beleg zu der Wahrheit, daß wir nur mit der Fackel der Geschichte die Zustände unsrer Gegenwart gehörig anzuerkennen und zu würdigen vermögen. Aber freilich daran wird so leicht Niemand, der sich nicht die historischen Studien zu seinem besonderen Beruf erwählt hat, denken, daß wir uns bis zu den ältesten Zeiten der Germanischen Vorwelt zurückversetzen müssen, wenn wir die fragliche Erscheinung gehörig begreifen wollen. Gleichwohl müßte man billig schon dadurch auf den Gedanken an eine uralte Beimischung derselben verfallen, weil es in sich etwas Ungewöhnliches ist, daß die Obrigkeit einen Einzelnen zu einer ohnehin sich von selbst verstehenden Handlung oder Unterlassung auffordert, weil sie sich selbst in den Städten längst nicht mehr findet, in denen sie früher ebenfalls vorgekommen ist, und weil sie bei uns ganz singulär vorkommt, namentlich aber in keinem der Lehrbücher über Deutsches Privatrecht von Heineccius und Runde an bis auf Mittermaier, Eichhorn und die Neusten erwähnt wird.

§ 5.

Ehe ich speciell auf unser Thema eingehe, muß ich an den Rechtzustand unserer Germanischen Vorfahren erinnern, wie ihn Tacitus vorfand. Ein geregeltes Strafverfahren kannten sie nicht, nicht einmal ein bestimmtes Strafprincip. Der Verbrecher verfiel der Rache, der Feindschaft der Betheiligten. Es galt für unbezweifelbar, daß der Verletzte und dessen Angehörige sich selbst zu ihrem Rechte verhalfen, und mit den Waffen in der Hand es

geltend machten. Das Recht der Fehde, des Privatkrieges war allgemein anerkannt und unbestreitbar. Wächter hat selbst dem zwölften Jahrhundert nachgewiesen [1]), daß noch damals wegen einer jeden Rechtskränkung, nicht blos wegen crimineller, zur Fehde geschritten werden konnte, und es war erst eine Frucht jener Zeit, daß dies Fehderecht selbst damals keineswegs an sich, sondern nur in zwei Richtungen beschränkt war, indem es jetzt nur noch gestattet erachtet wurde, wenn vor dem Richter nicht Recht zu erlangen [2]), und wenn ausserdem die Ankündigung der Fehde (diffidatio, Ansage, Absage [3])) voraufgegangen war.

§ 6.

Von diesem Recht der Fehde, der Faust, der Selbsthülfe haben unsere Vorfahren erst sehr allmälig abgebracht werden können, und es ist gewiß interessant zu sehen, wie sogar die Reichsgesetzgebung gegen das verknöcherte Vorurtheil und die alte eingefleischte Gewohnheit Jahrhunderte lang vergebens eingeschritten ist. Bis zum Jahre 1495 glaubten sich Kaiser und Reichsstände nur durch Verträge [1]) gegen den verderblichen

---

1) Revision der Lehre von dem Verbrechen der Gewaltthätigkeit im N. Arch. d. Crimr. Bd. 12 S. 356 ff. Vgl. auch seine Abhandl. über Faustrecht in dem Rechtslexikon Bd. 5 S. 439 ff., worin jedoch manche Behauptungen vorkommen, denen sich nicht beipflichten läßt, wie denn hier zwischen Criminalrecht und Civilrecht Gränzen gezogen werden, die unser Altdeutsches Recht nicht kennt.

2) Diese Bedingung konnte übrigens nicht als eine sehr erhebliche betrachtet werden, da die Competenzlehre noch wenig ausgebildet war. Es war aber eben eine Aufgabe der Gesetzgebung jener Zeiten, nicht sowohl den Kläger, der sein Recht bei einem Gericht bereits gesucht, und daher sich einem gerichtlichen Verfahren unterworfen hatte, zu zwingen, dem Ausspruche desselben zu folgen, als überall den Kläger im Widerspruch mit dem nationalen Fehderecht zu vermögen, bei einem Gerichte sein Recht zu suchen. In der ersteren Beziehung ist es in der Controverse, der Wächter im Lexikon S. 440 Anm. 3 gedenkt, nicht genug beachtet worden, daß wer sein Recht bei einem Gerichte nahm, sich demselben auch nach der Volksansicht unterwarf.

3) Daher der noch jetzt gebräuchliche Ausdruck „ein abgesagter Feind". Stat. v. 1605 IV, 47.

1) Solche finden sich auch zwischen Hamburg und andern Staaten zu gleichen Zwecken: vgl. meinen Vortrag über Lappenberg's Ur-

Einfluß des Fehderechts schützen zu können, und selbst diese Verträge wagten sie nur auf einige, höchstens auf zwölf Jahre abzuschließen, vor deren Ablauf sie regelmäßig ein ganzes Jahrhundert hindurch, nämlich von 1383 bis 1495 erneuert wurden. Erst in dem Landfrieden von 1495 thäten Kaiser und Stände den damals für sehr kühn erachteten Schritt, das Fehderecht im ganzen Reiche für immer abzuschaffen. Aber selbst dieser Schritt konnte nur vertragsmäßig bewirkt werden, der auf zehn Jahre 1486 geschlossene Landfrieden ist fast wörtlich die Grundlage des immerwährenden von 1495, und bis zum Landfrieden von 1548 und dem Religionsfrieden von 1555 lassen sich zwölf Bestätigungen des Landfriedens von 1495 zählen, die man für die fortgesetzte Bekämpfung des alten tief eingewurzelten Rechts zur Feindschaft und Fehde erforderlich gehalten hat. Man darf wohl behaupten, daß erst die Executionsordnung von 1555, welche diesen bis dahin so sehr vernachlässigten Theil des Processes [2]) gehörig regulirte, und späterhin keine wesentliche Veränderungen erfahren hat, wohl dadurch dem Unwesen des Privatkriegs ein Ende machte, daß sie bisher nicht vorhanden gewesene Garantien rechtlicher Hülfe gab [3]).

§ 7.

Es läßt sich ohne Weiteres begreifen, daß ein Uebel, welches Kaiser und Stände nicht zu bewältigen vermochten, kleineren

---

kundenbuch § 10 ff. In jenem Vortrage sind überhaupt recht anschauliche und individualisirende Bilder von der Ausdehnung des Fehderechts in specieller Beziehung auf Hamburg mitgetheilt worden. — Mir scheint es nicht richtig, diesen Schutz gegen Fehderecht und Faustrecht vermittelst Verträge als eine bloße Form zu bezeichnen, die üblich gewesen, wie Eichhorn Gesch. 3, 111 thut. Vielmehr mag sich diese Art und Weise, dem alten Nationalrecht entgegen zu wirken, aus der eben so wesentlich nationalen Ansicht entwickeln lassen, welche alles Recht aus dem freien Willen herleitete, und nur darum den Bruch des Friedens, den Jemand, wie es im Sachsenspiegel heißt, vor sin selven louet, streng ahndete. (Vgl. hierzu den Fall in der Glosse zum Statut von 1497 M, 8, s. unten § 9 Anm. 2.)

2) Vgl. darüber meinen Vortrag über Strafen § 4 ff.

3) Ueber das allgemeine Geschichtliche ist hier zu vergl. Wächter im Archiv S. 366—380.

Gewalten, und so namentlich den Städten im Reich einen noch viel hartnäckigeren Widerstand leistete. Es ist mir immer sonderbar aufgefallen, daß selbst unsere neuste Gesetzgebung von 1605 IV, 14 über Fehdebriefe an die Obrigkeit oder Gemeine sich so vorsichtig ausdrückt, daß es fast den Anschein hat, als ob man noch selbst zur damaligen Zeit sie nur dann gewagt habe, mit Criminalstrafen zu ahnden, wenn sie speciell Mordbrennen feindlich drohen. Will man aber auch jene Stelle nicht so auffassen, so ist doch so viel gewiß, daß selbst in unseren ältesten Statuten nirgends ausdrücklich [1]) das Fehderecht unseren Bürgern gesetzlich verboten war, wenn gleich allerdings die Fassung des Ordels von 1270 XII, 1, das sich 1276 eod. und 1292 P, 1, aber später nicht [2]) wiederholt findet, es nur einem Nichtbürger ausdrücklich gestattet, einen Feind zu haben, und nach vorher ihm angekündigter Fehde todtzuschlagen [3]) [4]).

---

1) Im Fall eines Todtschlages bestimmt 1270 XII, 3 genau, wie viel Schuld dabei die Anwesenden treffen soll, offenbar auch um der Besorgniß keinen Raum zu lassen, daß Derjenige, welcher ganz leer ausgeht, damit dem Fehderecht verfalle. Vgl. übrigens meinen Vortrag über Zurechnung § 79. Aber es wird ausdrücklich angedeutet, daß nur von einem Todtschlag binnen dessen Wichelde die Rede sei.

2) In dem Stadtr. von 1292 P, 1 schon finden sich die Worte: So welc man — darumme liden durchstrichen, und N, 11 der Zusatz von neuerer Hand, den wir auch 1497 O, 8 antreffen: Welk gast enen anderen gast schuldeghet in desser stad umme enen doetslach edder umme enen moerd den he buten desser stad ghedan heft, vnde bekande des deghene, de beschuldeghet worden, vnde sprek, he hadde synen openbaren vyant ghesslaghen, dat en mach eme nicht helpen, sunder he scal dat beteren na stad rechte. Uthgenomen heren, stede, riddere, vnn knechte, openbare krich vnn orleghe. Aus diesem Zusatz, der ebenso wie das Durchstreichen der Worte in P, 1 wohl erst nach dem Landfrieden von 1495, oder wenigstens erst nach 1383 geschehen ist, ist 1605 im Statut IV, 47 hervorgegangen.

3) Der Artikel XII, 1, den Lappenberg Vorr. zu den R. A. S. LXXVI als dem Hamburgischen Recht eigenthümlich bezeichnet und S. LIV mit dem Soester Rechte 41 vergleicht, lautet gleichstimmig mit Stad. Stat. XI, 1 (Puf. Tom. I. App. p. 224) Rig. 144 (Puf. Tom. III. App. p. 268) Lubec. Cod. Hach. III, 393

§ 8.

Nun ist es wohl unverkennbar, daß aus einem zufälligen Vorfalle sich eine Sitte sowohl bei uns als auch in einigen anderen und zwar auch solchen Städten, welche ihr Recht nicht von uns erhalten haben[1]), erzeugte, welche Sitte offenbar dazu gereichen sollte, gegen die eingewurzelte Anmaaßung des Fehderechts und der Rache einen Damm aufzuwerfen. Vermuthlich hatte es sich einmal oder öfter gefügt, daß zwei Rathmänner darüber hinzugekommen waren, wenn sich unter hiesigen Einwohnern, die übrigens eines unbescholtenen Rufes und also besonderer Rechtsbegünstigungen genossen (vgl. Stadtr. von 1270 VI, 12 mit VI, 5), mit einander gestritten hatten. Die Rathmänner hatten sie zum Frieden und zu gerichtlicher Ausgleichung ihrer Differenzen ermahnt, und ihr persönliches Ansehen hatte den guten Erfolg gehabt, der Fortsetzung des kleinen Krieges vorzubeugen. Dazu hatte man sich davon überzeugt, daß es gewisse Gewaltthaten gab, welche sich ein Bürger gegen den andern in dem alten Gefühl der Berechtigung zur Selbsthülfe und Privatrache ungestraft erlauben konnte, sofern sie nicht in Schläge, Wunden oder solche Verbrechen ausgeartet waren, für welche selbst der unvollkommene Zustand des Strafrechts besondere Bestimmungen hatte. Das Römische Recht war noch nicht genügend bekannt und wenigstens noch einflußlos,

---

(Cronhelm. 332) und Brem. Stat. d. 1433 Stat. 102 (Oelrichs p. 495) so: So welk man enen viendt heuet, sunder en borghere uppe den anderen, vnde kundiget he eme sine veide tovoren, vnde des vullenkomen mach, vnde sleit he eme darna dot buten desseme wicbelde, he ne darff binnen desseme wicbelde dar nene not vmme liden. Wat auer en unse borgher deme anderen deit buten desseme wicbelde, dat is also lyke stede, offte it binnen vnseme wicbelde schüde. Im alten Lübischen Rechte findet sich Cod. Hach. IV, 1 sogar eine Bestimmung, die unter Umständen einem Lübecker Bürger das Fehderecht gestattet.

4) Ein merkwürdiger Beweis davon, wie das Fehderecht in den Städten geehrt oder mindestens gefürchtet wurde, liegt in der ursprünglichen Form der Urfehden. Vgl. meine Aphorismen über Lappenberg's Urkundenbuch § 39.

1) Vgl. Wächter im Archiv S. 380.

konnte auch, wie es neuerdings auſſer allem Zweifel geſetzt iſt, ſelbſt mit ſeinen Beſtimmungen über das Verbrechen der Gewaltthätigkeit für alle die Fälle nicht genügen, in denen unſere Vorfahren ſich nun einmal gewöhnt hatten, die Fehde für erlaubt anzuſehen, wenigſtens ſo lange kein Richter ihnen Recht ſchaffte. Für alle ſolche Vorkommenheiten fand ſich in den Friedensgeboten ein äuſſerſt geeignetes Auskunftsmittel, und ſo treffen wir dies Inſtitut nirgends in unſerem Deutſchen Vaterlande früher, als bei uns, und hier ſchon zu der Zeit an, da unſer älteſtes Stadtrecht geſammelt und geſchrieben worden iſt. Es heißt im Statut von 1270 X, 7 in Uebereinſtimmung mit Stad. IX, 7 (Puf. T. 1 App. p. 220) Rig. 139 (Puf. T. III App. p. 266) Lub. Cod. Hach. III, 388 (Cronh. 327):

Schutt ene ſchelinghe [2]) hyr in der ſtad vnder guden luden, vnde komet darto twe bederve man, de ratmanne ſyn, offie weſen hebbet, vnde nemet dar enen dach vnder wente vor dene rad [3]), vude bedet den vrede to holdende an iewelker ſyden, vnde ſo we den vrede breket, de ſchal dat beteren alſo hoghe, alſo de vrede boden was to holdende, it ſy by lieve offie by gude. Unde ſchut ene ſchelinghe twiſchen vnſen borgheren buten landes, vnde werd dar en vrede boden to holdende van unſen borgheren, de mit erve ſyn beſeten, wente ſe to hues komet vor den rad: den vrede ſcholen ſe holden by alſo vele, alſo he boden wert [4]).

---

2) Schelinghe heißt der Etymologie nach Unterſchied, Verſchiedenheit, alſo hier ganz das exotiſche Differenz. Der Ausdruck iſt bezeichnend. Es braucht der Streit nicht ſchon in Handgreiflichkeiten übergegangen zu ſein.

3) Es iſt hier eine Ellipſe, und die will ſagen: Und ſie beſtimmen (benennen) einen Termin, bis zu welchem die Leute vor dem Rath erſcheinen ſollen, um ihre Sache dort auszuführen. In dieſem Sinne für usquedum kommt wente auch vor IX, 13. XII, 6. Sachſenſp. 1, 24, 1. 1, 28. 1, 49. Homeyer unterſcheidet wante und wan, aber beide Conjunctionen kommen in unſerem Stadtr. in derſelben Form wente vor, vgl. IX, 26. XII, 6.

4) Der Cod. A. fügt noch hinzu: by der ſtad kore to rechte. — Es iſt intereſſant, mit dieſem Ordel eine Stelle in der Vereinbarung der Grafen von Holſtein mit unſerem Rathe zu vergleichen,

§ 9.

Hiernach war es ursprünglich nicht einmal erforderlich, noch Rathmann gegenwärtig zu sein; es genügte, solches gewesen zu sein, und ebenso bedurfte es nicht etwa eines besonderen Auftrages abseiten des Raths für die zwei Rathmänner, um ein Friedensgebot zu erlassen. Dies geschah ferner mündlich, und wurde theils mit der Anberaumung eines Termins, innerhalb welches die Bedrohten ihre Sache vor dem Rath auszufechten hatten, theils mit einer genauen Bestimmung der Geld- oder sonstigen Strafe für die Verletzung des Friedens, für die Ausübung des Fehderechts verbunden, so daß diese Strafe in Anwendung kam, ohne daß darauf gesehen wurde, in welcher Art, ob mit Worten, Schlägen oder wie sonst der Friede gebrochen war. Fiel die Differenz unter unseren Bürgern ausserhalb Landes, d. h. wohl nur ausserhalb der Stadt und des Gebietes derselben, vor: so stand erbgesessenen Bürgern das Recht zu, den Frieden unter einem bestimmten Präjudiz, bis die Partheien nach Hause[1]) und vor den Rath kamen, zu gebieten, und dieses Gebot war für einen solchen Fall ebenso wirksam, wie jenes von jetzigen oder gewesenen Rathmännern in dieser Stadt erlassene.

---

vom 21. März 1292 datirt, von der Lappenberg, der sie in seinem Urkundenbuche Bd. I (1842. 4.) Nro. 861 mittheilt, vermuthet, daß sie nur projectirt, und nicht zu Stande gekommen ist, indem der Rath sie 1367 in einer Streitsache läugnete, und 1583 in einem andern Processe eidlich diffitirte. In dieser Urkunde heißt es: Insuper si inter nostros burgenses congregatio violenta vel dissensio fuerit, ad quam duo vel plures consules venerint et pacem seruari praeceperint aut treugas, quomodo, qua poena vel emenda, uita scilicet uel pecunia hoc praeceperint, quicumque huius praecepti violator conuictus exstiterit, is secundum quod praeceptum fuerat, emendabit, cuius medietas emendae cedet dominis nostris et altera cedet nobis. Des von Bürgern gebotenen Friedens wird nicht gedacht.

1) Der Ausdruck kann von der Rückkehr nach der Stadt verstanden werden, aber auch von dem Erscheinen auf dem Rathhause, das vorzugsweise Haus hieß (1270 VI, 29. 30). — Lappenberg vermuthet, Vorr. zu den R. A. S. XLIX, es werde in unserem alten Ordel X, 7 wie im Soester Recht Art. 29 untersagt, daß Hamburgische Bürger sich im Auslande an fremde Gerichte wenden dürfen.

Diese Bestimmungen sind buchstäblich in den späteren Statuten 1276 eod. 1292 N, 7 und 1497 M, 8 [2]), beibehalten worden, und ähnliche finden sich sowohl im alten Lübischen Rechte (Cod. Hach. II, 143 [3])), wie auch in Bremen [4]). In Goslar scheint man in dem geschwornen Frieden ein ähnliches Auskunftsmittel, dem Fehderecht zu begegnen, gefunden zu haben, wiewohl man nicht recht sieht, wie dabei verfahren wurde [5]), und es sich nur vermuthen läßt, daß es in ähnlicher Art geschehen ist, wie bei Urfehden.

§ 10.

Es verdient besonders hervorgehoben zu werden, daß sich in Hamburg keine Spur vor dem allgemeinen Landfrieden von 1495 (s. oben § 6) davon findet, daß anderen Personen als jetzigen oder ehemaligen Rathsverwandten das Recht zugestanden hätte, unter Anwesenden Friedensgebote zu ertheilen. Das Billwärder Recht von 1498 giebt zuerst dem Vogt, und wenn er nicht gegenwärtig ist, den Deichgeschwornen die Erlaubniß Art. 52 [1]). Daraus ist eine gleiche Vorschrift in das Landrecht Art. 47 übergegangen. Später kommt es sogar in dem Auszug der Bursprake, die älter ist als Thomae 1596 § VI (Lünig p. 1075) vor, daß Rathsdienern die Befugniß zustand. Die Stelle heißt so:

So Gerüchte wurde by Dage edder by Nachte.

Wurde een Gerüchte by Dage edder by Nachte, alle de darby beseten syn, scholen dartho kamen, by drey Mark Sülwers [2]). Erheuet sick Hader vnde Kieff, vnde

---

2) Die Glosse dazu enthält ausser einigen werthlosen Bemerkungen einen werkwürdigen Fall über die Wirkung eines Gelöbnisses.

3) Vgl. Stein's Abh. des Lüb. R. Th. 3 S. 478 ff., der auch die Formel eines solchen Friedensgebots mittheilt. S. auch Lappenb. Vorr. zu den R. A. S. LX.

4) Ausführlich Donandt Gesch. d. Brem. Stadtr. Th. 2 S. 68 ff.

5) Die einzige Stelle, wo der geschworne Friede in den Gosl. Statuten vorkommt, ist pag. Gösch. 48, 32. Vgl. dazu Göschen S. 312.

1) Aeltere Ausg. von Lappenberg S. 36. Neuere in den R. A. S. 336.

2) Diese Vorschrift findet sich schon 1270 IX, 24. 1276 IX, 25. 1292 M, 20. 1497 M, 16. Stat. Stad. VI, 21. Verd. 168. Rig. 126. Cod. Lub. Hach. III, 375 coll. Brem. d. 1433 art. 105.

Rades=Persohnen edder Dener dartho kamen, vnde Frede beeden, de schall geholden werden, by der Poen, als de Frede gebaden werdt.

§ 11.

Auffer dem erwähnten alten Ordel von 1270 (s. oben § 8) findet sich nun zuerst dem Stadtrechte von 1292 von neuerer Hand beigefügt O, 7 und dann buchstäblich ebenso 1497 M, 9 eine Bestimmung, der man den neueren Ursprung, und selbst vielleicht gar die Entstehung erst um die Zeit des Landfriedens 1495 ansehen kann. Sie lautet so:

Were dat de ratmanne enen vreden boden bi live unde bi goede, unde jenich man den vrede breke, also dat he den anderen jaghede, unde dat de andere van eme queme vnghheslaghen unde vnghewundet: mach man dat tughen mit twen erfsetenen mannen, de vredebrekere scal dat beteren mit X marken sulueres unde mit enem voeder wines van XVIII punden unde deme richte mit III punden vor de wolt; des scal man eme nicht laten[1]). Ok en jewelich de mede heft wesen an vloch vnde an verde, de scal desse seluen beteringhe doen, wert he des vertughet.

Der Umstand, daß dieser Artikel zu dem alten Ordel hinzugefügt, das Letztere also unverändert beibehalten ist, giebt zu den bisherigen Erläuterungen noch ein ferneres Licht über dasselbe. Man betrachtete das Friedensgebot bis dahin sehr häufig nur dann verletzt, wenn es wirklich zu Schlägen und Wunden gekommen war, man also das alte Fehderecht buchstäblich in Ausübung gebracht hatte. Somit wurde die oben (§ 8) angegebene Absicht der Friedensgebote misverstanden und wenigstens vereitelt, und wer selbst bereits Gewaltthätigkeiten verübt, seinen Widersacher verfolgt (gejagt) hatte, ohne ihn zu schlagen oder zu verwunden, meinte von der Pön, die ihm das Friedensgebot angedroht hatte, nicht getroffen werden zu können. Auch fand sich ein solches Friedensgebot in der Art unwirksam, daß zwar Die=

---

1) Ueber die emphatische Bedeutung dieses Zusatzes, wodurch vermuthlich das Begnadigungsrecht ausgeschlossen werden soll, vgl. meinen Vortrag über Zurechnung § 64 Anm. 1 und § 85 Anm. 2.

jenigen, denen es unmittelbar zugekommen war, nicht aber ihre Freunde, Verwandte und Andere, die mit ihnen bei solchen Verfolgungen und Gewaltstreichen zugegen waren, und oft thätigen Antheil nahmen, von dem Gebot getroffen wurden, wobei die unausgebildete Lehre von den Mitschuldigen[2]) das Ihrige that. Man kam also auf den Ausweg, durch eine gesetzliche Vorschrift für solche Fälle besondere Strafen anzudrohen, aus denen man denn ersieht, daß die Friedensgebote jener Zeit auf weit höhere Geldstrafen, als diejenigen, deren diese Vorschrift gedenkt, und die sich zusammen nach der Berechnung des Herrn Dr. Reimarus[3]) auf Bco.ℳ 318 beliefen, gelautet haben müssen, welcher hohe Geldbetrag sich auch aus der damit verbundenen Androhung der Leibesstrafe hinreichend rechtfertigt.

§ 12.

Wie aber schon frühzeitig die gesetzliche Bestimmung 1497 M, 9 misverstanden, und auf, derselben ganz fremde Verhältnisse angewandt wurde, beweist das nachfolgende Präjudicat, welches gewiß um so mehr werth ist hier aufbewahrt zu werden, weil es nur zwei Jahre älter ist als der erste Entwurf des neusten Statuts.

In Appellationssachen Michael Bräutigambs, Klägers und Appellaten, Eines gegen und wider das Amt der Schneider, Beklagte und Appellanten, andern Theils erkennt E. E. R. allem beschehenen Vorbringen nach zu Recht, daß die am 9. März d. J. im R. G. ergangene Findung zu reformiren und zu erklären sei, als E. E. Rath ꝛc., nämlich daß alle Diejenigen, so bei dieser muthwilligen gewaltsamen Handlung mit in Flocken und Föhren gewesen, vermöge des Stadtbuchs M art. 9 dem Rechte zu wetten schuldig sein sollen, und läßt es E. E. Rath sonst bei der Anno 1580 den 12. August publicirten und in dieser Stadt Audienz reproducirten und verlesenen Urtheil bewenden, als E. E. Rath hiemit solche nochmals confirmirt und bestätiget. Und soll demzufolge das Amt der Schneider sich nicht verdrießen [erdreisten?], hernachmals in der Bürger Häuser zu gehen und Hausuchung

---

2) Vgl. m. Vortr. über Zurechnung § 61 und 79.
3) S. uns. Zeitsch. I, 3, 454.

zu thun, oder ohne Erlaub des Worthaltenden Bürgermeisters die Böhnhasen in ihrer Behausung oder auch auf der Straße gewaltsamer Weise zu überfallen, und ihnen die Kleider zu nehmen, sondern wer solches thut, soll im Amte nicht gelitten, und des Amts ohne alle Gnade verlustig sein. Pronunc. d. 20. Mart. 1601.

§ 13.

Es ist durchaus nothwendig, vorstehende geschichtliche Momente im Auge zu behalten, wenn das neuste Statut von 1603 und 1605 IV, 61 und 62 beurtheilt werden soll, um nicht mit einer sonst ehrenwerthen Autorität[1]) in den sonderbaren Fehler zu verfallen, dasselbe mit den alten Statuten in fast wörtlicher Uebereinstimmung zu erklären. Eine sorgfältige Vergleichung ergiebt vielmehr manche und zugleich recht interessante Unterschiede.

Das neuste Statut zieht den Friedensgeboten zuvörderst einen viel engeren Kreis, indem es sie nur bei solchem Hader, Zank oder Unwillen vorkommen läßt, daraus thätliche Beleidigung zu besorgen, und überhaupt nur aus dem Gesichtspunkte der Injurien auffaßt, weshalb es davon auch unmittelbar nach dieser Materie handelt. Man erkennt also eines Theils hier bereits den Einfluß des Römischen Rechts, das wenigstens nach der früheren Ansicht durch specielle Bestimmungen dem Verbrechen der Gewaltthätigkeit vorgebeugt hatte, und die Privatverhältnisse unter den Partheien, was deren Ehre und sonstige Rechte betraf, in das Gebiet der Injurien verwies. Andererseits spürt man die Richtung der Zeit, die bereits der alten Gewohnheit des Fehderechts sich entfremdet hatte, und in der topischen Legislation nur noch darauf Bedacht nehmen zu müssen glaubte, Gewaltthätigkeiten durch Friedensgebote vorzubeugen. Freilich übersah man es bei diesen neuen Bestimmungen, was man, wie in der Einleitung gezeigt worden ist (§ 3), bis auf den heutigen Tag übersehen haben muß, weil man sonst bei uns eben so wie in anderen Städten längst dem obsoleten Institut den Abschied würde gegeben haben: man übersah es, daß das Institut seit der gänz-

---

1) Gries Comm. zum Stadtr. II, 355.

lichen Aufhebung alles Fehderechts und seit der in allen Punkten, namentlich in der Executions-Instanz, verbesserten Justizpflege überflüssig geworden war, und sich also nur selbst überlebte.

§ 14.

Es fühlt sich von selbst, wie schlecht das neueste Statut in diesen beiden Artikeln abgefaßt ist. Der Wortschwall ist unleidlich, um so unleidlicher, da das alte, Jahrhunderte alte gute Muster vorlag. Dabei ist nicht länger zu verweilen. Allein sonst muß noch Eins und das Andere für meinen Zweck hier hervorgehoben werden. Aus der neusten Ausgabe des Statuts S. 578 ersieht man, daß der erste Entwurf von 1603 aus den älteren Stadtrechten die Bedingung beibehalten hatte, daß zwei Rathsverwandte das Gebot erlassen mußten. Die spätere Revision hat die Lesart: einer oder zwei, und damit zuerst den heutigen Gebrauch ins Leben gerufen, wonach solche Friedensbefehle regelmäßig von einzelnen Rathsherren ausgehen, und freilich jetzt noch mit der Restriction, daß sie mit richterlicher Gewalt gerade versehen sein müssen, wie namentlich die Prätoren, Landherren und Patrone der beiden Vorstädte, allenfalls auch die Morgensprachsherren oder Amtspatrone, obgleich mir kein Beispiel bekannt ist, daß von diesen solche Befehle ausgegangen wären.

Dagegen ist es merkwürdig, daß der alten Bursprake ungeachtet (s. oben § 10) das neuste Statut Offizianten die Befugniß zur Ertheilung von F. G. nicht beigelegt hat, und wenn in dem Vegesackschen Commentar deshalb auf die alte Bursprake Bezug genommen wird, so läßt sich dies wohl eben so gut als eine blos antiquarische Notiz betrachten, wiewohl man auch sagen könnte, es sei noch jetzt ein solcher Gebrauch, wenn es wahr ist, was behauptet wird, daß namentlich Polizeigebote der Art erlassen werden, ohne daß der Polizeiherr selbst desfalls einschritte oder auch nur angegangen würde.

§ 15.

Auch sonst ist die alte Vorschrift von 1497 (s. oben § 11) im neusten Statut, und man kann wohl sagen wunderbar ver-

ändert worden. Wenn nämlich ein Friedensgebot erlassen ist, so muß nach den neusten Bestimmungen, falls es nicht zu wirklichen Verletzungen und Beschädigungen, oder, wie der Ausdruck zweimal variirt, zu Verwundungen oder Verletzungen gekommen ist, erst sehr viel sich zugetragen haben, wenn man dem Friedensbefehl die Kraft beilegen soll, daß der „Zunöthiger", und zwar nicht in eine Strafe von Bco.ℳ 318, sondern nur in eine von Ein Hundert Reichsthalern verfalle. Er muß sich nämlich so weit schon an dem Andern vergriffen haben, daß dieser entläuft, oder sich in das Haus eines Bürgers flüchtet, und der Zunöthiger ihm dahin nacheilen. Somit gewinnt es den Anschein, als ob hier mehr der Hausfriedensbruch als die Verachtung des Befehls bestraft werden soll, und es stellt sich noch deutlicher heraus, daß der Nutzen der Friedensgebote jetzt auf Nichts herabgesunken ist.

§ 16.

Der Art. 62 des neusten Statuts hat zwar ebenfalls das alte Institut solcher Befehle durch Bürger in der Fremde, freilich dabei mit einigen Verschlimmbesserungen, die dem sarkastischen Schroetteringk zu einer malitiösen Marginalnote Anlaß geben, beibehalten. Allein es ist dies wohl nur der Gewohnheit, vom alten Schlendrian nicht loszulassen, beizumessen. Denn unsere neuere Praxis weiß nicht nur nichts von solchen Befehlen, sondern sie würden sich selbst da, wo Hamburg keine Consuln oder sonstige diplomatische Vertretungen hat, etwas abgeschmackt ausnehmen, und es ist weder in den Commentatoren zum neusten Statut noch sonst auch nur die entfernteste Spur davon vorhanden, daß ein Befehl der Art vorgekommen, geschweige denn daß er respectirt wäre.

§ 17.

Viel schneller als das neuste Statut selbst hat die Praxis die Friedensgebote ihrer völligen Entbehrlichkeit zugeführt. Im Statut wird offenbar der Gesichtspunkt der namhaften Pön, bei Leib oder bei Gute, im Sinne der älteren Rechte, als Strafbestimmung zur Aushülfe des Rechts festgehalten. Man kann es den Commentatoren zum Statut, so weit der Thesaurus iuris provincialis sie veröffentlicht hat, nicht zum Vorwurf machen,

daß sie etwa den Ruin des Instituts befördert hätten, es sei denn daß man dies darin finden wollte, weil sie gar nichts zu den Art. 61 und 62 bemerken. Aber aus Demjenigen, was die neuste Ausgabe des Statuts in dieser Hinsicht aus den Commentatoren S. 578 geliefert hat, ersieht man hinreichend den Gang der Praxis, der den Verfall der F. G. herbeizog. In Vegesack's Commentar wird es nämlich hervorgehoben, der Prätor, dessen Competenzsumme auf 45 ℔ beschränkt sei, könne unter 100 Thaler Strafe androhen, und dazu ermächtige ihn die besondere Vorschrift des Art. 61. Man hatte also zu jener Zeit schon das Gesetz so weit in Vergessenheit gebracht, daß man übersah, der Befehl mußte eine weit höhere Strafe androhen als die 100 Thaler, welche das Gesetz für einen Fall, der ein geringeres Vergehen enthielt, als das vom Befehl mit namhafter Pön bedrohte, verordnet hatte. Dennoch muß es damals, d. h. etwa am Ende des siebzehnten oder im Anfange des achtzehnten Jahrhunderts noch üblich gewesen sein, wenigstens eine bestimmte Geldstrafe in dem Befehl anzudrohen, und daß man keine Leibes-, namentlich nicht die im siebzehnten Jahrhundert mit der Erbauung von Zucht- und Spinnhaus üblich gewordene Freiheitstrafe androhte, mochte seinen Grund darin haben, daß man meinte, es sei durch die Bestimmung im Art. 61, wer die Geldstrafe nicht zahle, solle in Stadt und Gebiet nicht geduldet werden, welche Bestimmung auch Art. 64 und in der Bursprake auf Petri Art. 20 vorkommt, hinreichend dem Bestreben vorgebeugt, sich der Geldstrafe zu entziehen. Diese Androhung einer namhaften Pön ist aber im Verlauf der Zeit hinweggefallen, man begnügte sich im Widerstreit mit der eigentlichen Tendenz der Friedensgebote, sie mit allgemeiner Strafandrohung zu erlassen, und bewies damit selbst ihre Entbehrlichkeit, nachdem das Criminalrecht sich so ausgebildet hat, daß kein Act der Gewaltthätigkeit oder Rechtsverletzung, der von den Friedensgeboten getroffen werden könnte, ungestraft bleibt, nachdem überhaupt Niemand seine Rache damit entschuldigen kann, daß ihm sonst kein Ersatz für erlittene Unbill zu Theil werde, und nachdem endlich doch auch der Einfluß der Religion die Selbstrache des Naturmenschen in ihre Schranken zurückgewiesen hat.

§ 18.

Die vorstehende Erörterung wird hoffentlich genügen, um einen jeden Unbefangenen in den Stand zu setzen, einzusehen, daß bei der bevorstehenden Justizreform die Friedensgebote jeglicher Art zu den Instituten gehören, die je eher je lieber antiquirt und der alten Vergangenheit übergeben werden müssen, von der sie eigentlich einmal hätten herübergenommen werden sollen, und der sie vermuthlich gelassen wären, wenn man bei der Revision unseres neusten Statuts mit weniger Hast und mit gründlicheren Vorkenntnissen zu Werke gegangen wäre.

III.

Ueber die Langenbeckische Glosse.

Vortrag in der juristischen Section
den 16. December 1845.

Seitdem Herr Archivar Dr. Lappenberg, der Präses unseres Vereins, von den Hamburgischen Rechtsalterthümern den ersten Band herausgegeben hat, muß es natürlich die Aufgabe zunächst unserer Section sein, die darin uns dargebotenen Schätze gehörig auszubeuten, und ihre Benutzung dem Publikum zu erleichtern. Im Allgemeinen habe ich bereits in einer kurzen Anzeige des Werks im hiesigen Correspondenten vom 9. Oct. d. J. den Standpunkt angegeben, der für diesen Zweck eingenommen werden muß. Was die Ausführung im Einzelnen betrifft, so will ich heute mit einem der wichtigsten Theile dieser Sammlung den Anfang machen. Ich bitte um Erlaubniß, heute Ihre Aufmerksamkeit für die s. g. Langenbeckische Glosse in Anspruch nehmen zu dürfen.

Sie erscheint in den Hamb. Rechtsalterthümern zum ersten Male gedruckt, der Abdruck ist das Ergebniß einer von Herrn Dr. Baumeister veranstalteten, unstreitig mit derselben Gewissenhaftigkeit, die sich bereits bei der Herausgabe der Commentare zum neusten Statut bethätigte, beschafften Vergleichung der 28 verschiedenen Handschriften, welche bis dahin ihm gelungen war sich von diesem Commentar zu unserem Stadtrecht von 1497 zu verschaffen. Diese Herculische Arbeit war unerläßlich, wenn

sie gleich für das wissenschaftliche Bedürfniß, welches sich jetzt in der Germanistischen Literatur regt, keineswegs das erwartete Resultat geliefert hat. Es konnte nicht fehlen, bei der Autorität, welche die Langenbeckische Glosse sich von der ersten Zeit ihres Entstehens bis weit über die Dauer der Herrschaft des Statuts von 1497 hinaus, in der Praxis, bei den Commentatoren des neusten Statuts, und selbst noch bei einem der neusten Forscher des Germanischen Rechts, unserem unvergeßlichen Cropp, erlangt hat, daß von dem Werth dieser Glosse sich die größten Erwartungen erzeugten. Wir sehen denn nun freilich jetzt, da sie in einer übersichtlichen Form bequem vor uns liegt, daß wir von diesen Erwartungen und Ansprüchen recht bedeutend nachlassen müssen. Bei genauerer Prüfung scheint es mir, um dies schon hier zu anticipiren, als ob Cropp namentlich sich hat durch einige ausführliche Bemerkungen im Erbrecht verleiten lassen, in die hohe Meinung, welche weniger bedeutende, weil aus einer älteren Zeit stammende Landsleute von der Glosse hegten, einzustimmen. Es ergiebt sich aber, daß gerade meist auch nur diese Parthie durch die Publication der Glosse bedeutende Bereicherungen erhalten hat, und dem Studium, das man jetzt bei den vaterländischen Rechten zu verwenden pflegt, einigermaaßen genügen kann, wogegen sich dies von fast allen anderen Rechtszweigen nicht mit Entschiedenheit behaupten läßt. Nichtsdestoweniger müssen wir es dankbar anerkennen, daß wir für die Geschichte unseres vaterstädtischen Rechts durch die Herausgabe dieser Glosse um eine sehr wichtige Quelle bereichert worden sind, und ist es somit der Mühe werth, über dieselbe einstweilen im Allgemeinen zu berichten, bis eine fortgesetzte Prüfung auch über das Detail die erforderlichen Aufschlüsse wird geben können.

Der vor uns liegende Abdruck der Glosse befindet sich sehr zweckmäßig unter einer neuen Ausgabe des Statuts von 1497. Es sind, wie gesagt, dabei 28 Handschriften von sehr verschiedenem Werth benutzt, die bedeutendste scheint immer noch die bereits auch bisher dafür erkannte der Commerz-Bibliothek zu sein (hier num. 6, vgl. Vorr. S. CXXVII und CXXXIV a. E.). Es werden unter diesen Manuscripten drei Hauptformen unterschieden, die sich auf eine Grundform zurückführen lassen. Sie

selbst weisen nach, daß diese von dem 1481 Bürgermeister gewordenen, 1517 verstorbenen Hermann Langenbeck Dr., der ebenfalls Urheber der Revision des Stadtrechts im Jahre 1497 ist (vgl. Vorr. S. CXVIII), der darin nur das Schiffsrecht und zwar mit ersichtlichem Fleiße überarbeitete, sonst aber das alte Stadtrecht von 1270 nur um etwa zwölf Artikel vermehrte (s. daselbst), herrührt, und von Andern theils excerpirt, theils erweitert oder sonst umgearbeitet ist. Ist solchergestalt der ursprüngliche Commentar schon vor 1517 entstanden, so ist es bemerkenswerth, daß die verschiedenen Gestalten, in denen er unsere Zeit erreicht hat, sich insgesammt auf die erste Hälfte des sechzehnten Jahrhunderts, ja vielleicht sogar auf das erste Viertel dieses Jahrhunderts zurückführen lassen. In dieser Beschränkung ist er selbst noch vor 1723 und zwar wie es scheint (vgl. S. CXXX) zuletzt abgeschrieben worden, und hat selbst, wie bereits erwähnt, noch sein altes Ansehen behauptet, als schon längst das von ihm erläuterte Statut von der neusten Redaction verdrängt worden war.

Der Commentar giebt uns ein getreues Bild von der Art und Weise, wie das Rechtsstudium bei unseren Vorfahren im sechszehnten Jahrhundert betrieben worden ist, und schon sein ungeschwächtes Ansehen bis in unsere Zeit beweist, wie lange man an dieser Art, unser vaterstädtisches Recht aufzufassen, festgehalten hat. Dies charakterisirt sich besonders dadurch, daß man

1. sich darauf beschränkte, wo irgend thunlich den Sächsischen Ursprung unseres topischen Rechts nachzuweisen. Es ist dabei bemerkenswerth, daß die Glosse keineswegs durchgängig speciell auf die Arbeit des Anhaltischen Ritters Bezug nimmt, sondern theils das Sachsenrecht überhaupt, freilich auch oft unter Bezugnahme auf specielle Stellen des Sachsenspiegels,

im Ganzen mit Ausnahme des Schiffsrechts 48 Male, nämlich zu A, 16 (4) (5). B Vorr. 2 (1) (3). 6 (3) 18. C, 5 (2). 10. 13. 11 (2) (3). D, 1 (1). E Vorr. 11. 16. 24 (1) u. (3). F, 3. G Vorr. 2 (1) (2). 12. 14. 15. H Vorr. 3 (1). 7 (2). 8 (1). 9 (1). 10. J, 8 (1). 11. 21 (2). 30. K Vorr. 5. 7 (2). 9. 10. L, 1 (1) (2). M, 1. 8. O, 1. 2 (1) (2). 17. allegirt, theils die Glosse des Sachsenspiegels,

im Ganzen mit Ausnahme des Schiffsrechts 43 Male,

nämlich A, 1. 7. B Vorr. 2 (3). 17. C, 4. 10. 13 (3). 14. E Vorr. 4. 9 (3). 12 (1) (3). 18. 23. 24 (2). G Vorr. 2 (2) (3). 5 (5). 7 (1). 8. 14. H Vorr. 2 (2). 5. 7 (1). 30. K Vorr. 1. 5. 7 (2). L, 1 (1) (2). 11. M, 1. 2. 8. 9 (2). N Vorr. 1. 2 (1) (2). O, 17.

Ferner das Weichbild,

im Ganzen (wie vor) 13 Male,

A, 22 (1). C, 13 (1). 14. E, 23. G, Vorr. 5 (2) (3). J, 7 (1). K Vorr. 1 (1). 10. N Vorr. 3.

Die Glosse zum Weichbilde 13 Mal,

A, 9 (1). 10. 14 (2). 16 (3). 22 (1). G, 2 (4). 5 (1). 7 (1). H, 7 (1). I, 7 (1). 11. M, 8. N Vorr.

und endlich die Glosse des Lehnrechts I, 20 (1).

2. Ausserdem ist das Bestreben unverkennbar, die Uebereinstimmung unseres topischen Rechts mit dem Römischen Recht, das hier sehr häufig das Kaiserrecht ebenso wie im Epilog unseres neusten Statuts genannt wird, nachzuweisen. Dies geschieht 40 Male zu A — O:

A, 1 (1) (2). 6. 14 (1). 16 (2). 21. 22 (2). B, 1. 2 (1) (2). 4. 16 (zweimal). C, 1 (1) (2). 5 (2). E, 3. 12 (2). 24 (1) (3). G, 1. 2 (1). 4. 5 (1). 7 (1). 14. H, 4. 9 (1) I, 7 (2). 18 (1). 20 (2). K, 7 (2). L, 1 (1) (2). 7. 8 (1). 11. M, 12. 13.

Sehr häufig findet sich diese Berufung auf das R. R. selbst da, wo es so sehr nahe lag, diese Uebereinstimmung weit eher in nationellen Grundsätzen allgemein zu begründen — zum Beweise, wie wenig man im Stande war, damals das eigentliche Verdienst des Röm. Rechts zu erkennen, wodurch es sich für alle Zeiten und Völker auch ohne dessen besondere Reception unentbehrlich gemacht hat, nämlich diese praktische und consequente, man möchte fast sagen, organische Entwickelung der Rechtssätze aus der Rechtsidee überhaupt oder der einzelnen Institute insbesondre.

3. Ausserdem wird auch der Glosse zum R. R., namentlich Accursius, Bartolus ꝛc. gedacht: E, 27. 31 (1). 33 (2). G, 1 (1) 4. H, 5. L, 11. M, 13.

Ferner des Can. Rechts A, 16 (5). 22 (2). E Vorr. 12 (4). 30 (1). G, 3 (1). 15 (2). I, 8 (1). 20 (2) O, 6 (2).

Auch im Allgemeinen der Rechtslehrer E, 3. 12 (4). 31.

4. Auffallend ist es dabei, daß nirgends auf die Stadtrechte von 1270, 1276 und 1292 Bezug genommen wird. Desto mehr Fleiß scheint auf die Sammlung von Präjudicaten verwandt worden zu sein, und fast nur in dieser Hinsicht hat für uns die Glosse einen vorzüglichen Werth, weil sie uns diese aus der Zeit von 1490 bis 1516 giebt, also aus einer Zeit, wo uns Ordelbücher nicht zur Hand sind (das älteste vorhandene N. G. geht nur bis 1589 zurück), und wo es auch mir nur sehr einzeln hat gelingen wollen, mir Entscheidungen zu verschaffen, so daß hier die Glosse in meiner Sammlung eine beträchtliche Lücke ausfüllt. Im Ganzen habe ich 59 gezählt, sehr viele ohne Datum.

A, 14 (1). 16 (3). 21 (zweimal) B, 8. 13 (zwei) 15 (zwei) C, 3 (3). 10 (2). 13 (3). D, 1 (2) (3). E, 9 (4). 16. 23 (2). 24 (4). 31 (1) (2). 32. 33 (1) (2). G, 1 (2). 3 (2). 8. H Vorr. 4. 7 (2). 8 (2). I, 1 (2). 5. 14 (1) (3) (zwei) 18 (3) (4). 20 (2) (zwei) 21 (2) (zwei) 30. L, 1 (3). 7 (5). 8 (2) 9 (2). M, 8. 11. O, 4 (1) (2) (3). 6 (2). 7 (2). 10. 18.

5. Die übrige große Masse wird mit Berufung auf hiesige Rechtsgewohnheiten speciell namentlich 14 Mal

B, 10. 11. 12. 15 (zweimal) C, 1 (3). 2 (2) E, 9 (3). 18. 23. 24. F, 3. G, 1. H Vorr. 3 (2)

und sonst nur allgemein und mit eigenem Räsonnement ausgefüllt. Wir werden noch oft Gelegenheit nehmen müssen, diese letzte Masse einer besonderen Prüfung zu unterziehen. Ueberall läßt es sich nicht verkennen, daß wir auch hier für uns unter Beobachtung gehöriger Vorsicht vielfache Belehrung entnehmen können, wenn es auch nur in so fern geschieht, als wir die schon damals herrschend gewordenen irrthümlichen Auffassungen mancher Rechtslehren in ihrem Ursprung entdecken und erkennen.

Ich behalte mir vor, im Einzelnen hierauf zurückzukommen, und schließe mit der Bitte an alle Mitglieder unserer Section, welche in sich Fähigkeit und Beruf fühlen, ihre Thätigkeit dem Studium der Langenbeckischen Glosse zuzuwenden, das ihnen jetzt so sehr erleichtert und bequem gemacht worden ist.

IV.

Rechtshistorische Notizen
über die
Miniaturbilder
zu dem
Hamburgischen Stadtrechte von 1497.

Vortrag in der juristischen Section
Dienstag den 24. März 1846.

Es ist gewiß unsere Pflicht, des neusten Werkes zu gedenken, welches wir der unermüdlichen Thätigkeit des ersten Vorstehers unseres historischen Vereins, des Herrn Archivars Dr. Lappenberg, verdanken. Dies ist die Herausgabe der Miniaturen zu unserem Statut von 1497. Bekanntlich ist die auf unserem Stadtarchiv befindliche Handschrift dieses Statuts mit achtzehn Miniaturbildern geziert, von denen Herr Otto Speckter die Güte gehabt ganz ausgezeichnet hübsche Zeichnungen anzufertigen, und damit dem Vereine, der ihn zu seinen Mitgliedern zählt, ein Geschenk zu machen. Der Verein hat sie lithographiren lassen, sein erster Vorsteher sie herausgegeben, und mit sehr werthvollen Erläuterungen versehen. Wir erfahren daraus, daß die Bilder in Hamburg gemalt sind, und zwar von mehreren Künstlern, zu denen namentlich der uns auch sonst nicht unbekannte Maler Absolon gehörte. Vermuthlich hat der Bürgermeister Hermann Langenbeck, der Urheber der Revision von 1497 und zugleich des dazu vorhandenen, unter dem Namen einer Glosse bekannten, jetzt auch von Herrn Archivar Lappenberg mit Hülfe des

Herrn Dr. Baumeister in den Hamb. Rechtsalterthümern Bd. 1 [1]) herausgegebenen Commentars, auch das Manuscript und die Anfertigung der Bilder veranlaßt. Sie haben also den Werth des Alterthums gewiß für sich. Die allgemeinen Erläuterungen des Herrn Herausgebers geben werthvolle Aufschlüsse über die alten Trachten (S. 5 — 15). Wie wichtig unseren alten Sächsischen Vorfahren dieser äussere Theil des Gerichtswesens erschien, beweist der Sachsenspiegel 3, 69, der nicht ermangelt hat, für das Criminalgericht den Richtern und Schöffen selbst über ihre Tracht genaue Vorschriften zu ertheilen. Unsere Statute haben sie nicht recipirt, aber welche Aufmerksamkeit auch unsere Hamburgischen Altväter diesem Gegenstande im Allgemeinen schenkten, beurkunden unsere hiesigen Kleiderordnungen aus den Jahren 1618 und 1634 [2]), welche einen für unsere Zeiten unerhörten gesetzlich erlaubten Aufwand beweisen, und mit veränderten Sitten, vermuthlich in Folge der Französischen Moden, bald obsolet geworden sind. Diese alten Kleiderordnungen finden in unseren Bildern manche angemessene Erläuterung.

Interessanter für unsere Section sind des Herrn Herausgebers sich daran (S. 15 ff.) anschließende Bemerkungen über unsere topischen Gerichtsgebäude. Das alte Rathhaus das vermuthlich am Schopenstehl (nicht Schöppenstuhl, sondern Stupenstelle, die Stäte, wo die Missethäter die bereits 1270 XII, 7 erwähnte Stäupe erhielten, vgl. S. 21 und 50 mit dem 17. Bilde) an der Ecke des Fischmarkts lag, ward schon im dreizehnten Jahrhundert, ehe das älteste Statut erschien, von dem neuen, erst im Jahre 1842 eingeäscherten Rathhause verdrängt. Allein dies war das einzige wirkliche Haus, wo Recht gesprochen wurde. Das alte Volks- oder Vogtgericht, aus dem unser Niedergericht hervorgegangen ist, ward ursprünglich nur unter freiem Himmel auch bei uns gehalten, und zwar für die gräfliche Gemeinde bei dem Schauenburger Hofe im Baumgarten, für die erzbischöfliche Gemeinde auf dem Platze bei der Rolandsbrücke unweit des nachmaligen Eimbeckischen Hauses, woraus sich Manches in den

---

1) Vgl. meinen Vortrag darüber.

2) Diejenige von 1618 steht in unserer Zeitschrift 1, 559 ff.

alten Hegungsformularen dieses Gerichts (Klefeker Samml. Hamb. Ges. 3, 681 ff.) erklärt.

Wenn das Gebäude dieses Niedergerichts, das ursprünglich Dingbank und erst 1497 Niedergericht hieß, bis 1558 auf der Stelle des späteren Börsensaals stand, so kann man aus diesem alten Gebäude und noch deutlicher aus den vorliegenden Bildern erkennen, daß hier eigentlich das Gericht noch im Freien gehalten wurde, und das Gebäude nur Schutz gegen die rauhe Witterung nothdürftig darbieten sollte. Erst mit der ältesten selbstständigen Gerichtsordnung von 1560 ward das Niedergericht in einem wirklichen Gebäude an der Trostbrücke eröffnet, und erhielt erst im Jahre 1759 diejenigen Zimmer, welche man 1815, als es nach dem Eimbeckischen Hause in Folge der nach der Französischen Invasion eingetretenen Revision unseres Justizwesens verlegt wurde, der Kammer einräumte.

Selbst zur Zeit, als 1497 unser Stadtrecht abermals revidirt wurde, hatte die Oeffentlichkeit unseres gerichtlichen Verfahrens noch eine Bedeutung, wie selbst der fast fanatisch gewordene Eifer dafür in unserer Jetztzeit sie nicht kennt. Zwar wurden die gerichtlichen Verhandlungen nicht mehr, wie übrigens weiland auch in Rom (vgl. Puchta Institutionen Bd. 1 S. 590), auf dem freien Markte unter freiem Himmel gehalten; allein das Gebäude des Niedergerichts war noch so klein und luftig, daß man es fast nur als einen Zufluchtsort gegen ungünstige Witterung, aber keineswegs als ein Haus ansehen konnte, weshalb noch im Stadtrecht von 1497 die Berufung von den Findungen des Niedergerichts an den Rath genannt wurde ziehen auf das Haus, d. h. auf das Rathhaus 1270 VI. 9. 10. 29. 1292 B, 5. G, 8. 9. 24. 1497 A, 16, 2. 20. 21. vgl. meine Vorträge Bd. 1 H. 2 S. 231.

So finden wir denn auch die Richter auf unseren Bildern stets in Lokalen, die von mehreren Seiten ganz offen stehen, was den Namen theatrum für unser Rathhaus (vgl. S. 20 mit meinem Vortrag über Vehmgerichtsacten S. 334 und 338, wo die Note zu berichtigen) erklärt. Es ist dabei bemerkenswerth, daß Gerichtspersonen sich auf diesen Bildern auch häufig anderswo als im Gerichtslokale, und überall wo immer ihre Gegenwart

nützlich ist, keineswegs blos beim Straßenrecht, befinden und Recht sprechen vgl. Bild 16 und S. 20. Dies Bild giebt uns überhaupt lehrreiche Aufschlüsse über die Lehre vom Vorsatz, der in meinen Vorträgen Bd. I Heft 2 S. 393 ff. ein besonderer Abschnitt gewidmet ist, womit jetzt gebeten werden muß, was die Hamb. Rechtsalterth. 1, 2 ff. dazu mittheilen, zu vergleichen.

Der geehrte Herr Herausgeber unserer Bilder hat freilich in den S. 22 ff. folgenden Erläuterungen der 18 einzelnen Bilder dankenswerthe Beiträge auch zur hiesigen Rechtsgeschichte geliefert, hier aber mit der ihm eigenthümlichen, nicht genug anzuerkennenden Bescheidenheit mehr jüngere Geschichtsforscher angeregt, als das reiche Material erschöpft. Ich fordere die Mitglieder unserer Section auf, hier eine abermalige Veranlassung zu dem so ungemein belehrenden Studium unserer topischen Rechtsgeschichte nicht unbenutzt vorübergehen zu lassen.

Meinerseits begnüge ich mich für heute nur mit einigen Notizen.

So bitte ich auf dem 3. und 10. Bilde (vgl. S. 24 u. 39) auf dem Tische des Rathhauses nicht das Reliquienkästchen zu übersehen, worüber ich in meinen Aphorismen über Lappenberg's Urkundenbuch Vorträge 1, 207. 208. mehr gesagt habe. Daß bei dem in den alten Stadtrechten vorkommenden Eide auf die Heiligen deren Reliquien berührt wurden, ergiebt sich auch aus dem Soester Recht Art. 34, welche Stelle Lappenberg in den Hamb. Rechtsalterthümern 1, XLVII allegirt. Uebrigens ersehen wir aus dem 8. Bilde, wenn es uns nicht schon sonst bekannt wäre, daß 1497 bei uns bereits mit den gen Himmel gestreckten Fingern der rechten Hand geschworen wurde, wiewohl, wenn das Bild correct ist, dieselbe, auch in unseren Zeiten vorkommende Ungenauigkeit auch hier schon wahrzunehmen ist.

Sehr interessant ist das 4. Bild, als meines Wissens die älteste Urkunde von den Haus-Audienzen der Bürgermeister, von denen die Gerichtsordnung von 1560 (vgl. Statut von 1603 1, 4, 5) behauptet, daß sie von Alters her Statt gefunden. Aber wie weit war der Ursprung und die offenbar erste Veranlassung zu diesen Friedensgerichten oder Sühneversuchen hiernach von deren späterer misbräuchlicher Ausdehnung unterschieden, die die

Gerichtsordnung von 1560 schon als eine alte bezeichnet. Es ist ungefähr in derselben Art damals zugegangen, wie jetzt. Seit der Organisation der Polizeibehörde nach der Restauration hat das ausdrückliche Polizei-Competenz-Gesetz es nicht verhindern können, daß sich nicht Partheien in Civilsachen, und selbst nicht immer in Bagatellsachen, für welche schon das Röm. Recht ein summarisches Verfahren kennt Nov. 17 c. 3. Nov. 69 c. 1. 2. 4., an den Polizeiherrn gewandt, und dort die Erledigung ihrer Differenzen nachgesucht haben. So ist es nicht zu verwundern, wenn wir auf unserem Bilde die Partheien vor dem präsidirenden Bürgermeister auf dessen Diele finden, ohne Fürsprecher, und ihn ohne Protocoll auf patriarchalische Weise Sachen schlichten, ja die Menge sich schon damals zu diesen Friedensgerichten, ebenso wie auf dem 5. Bilde zu dem Niedergerichte drängen sehen.

Besonders empfehle ich aber dies 5. Bild zu aufmerksamer Betrachtung, so wie das von dem Herrn Herausgeber S. 29 ff. dazu Gesagte, zu reiflicher Prüfung. Er kommt S. 30 ff. auf seine Hypothese zurück, daß die Fürsprecher bei uns einen besondern Stand gebildet hätten. Ich habe meine Bedenken dagegen in meinen Vorträgen 2, 463 ff. zusammengestellt. Fast möchte ich auch noch darin ein Argument für meine Ansicht erblicken, daß sie, seitdem die erbgesessenen Bürger zu dem Volksgerichte, dem echten Dinge, sich anfingen seltener einzufinden, und auch vielleicht die erforderliche Rechtskenntniß seltener wurde, auch bei uns frühzeitig zu Dingleuten benutzt worden sind, bis 1622 acht beständige Dingleute oder Geschworne angeordnet wurden. Die Sitte, Procuratoren das Finden des Rechts zu überlassen, hat sich freilich in Lübeck bis auf die neueste Zeit erhalten, stammt aber schwerlich aus der Zeit, wo nur bestimmten, untergeordneten Personen die Erlaubniß der Vertretung eingeräumt wurde, die, wie wir selbst aus Erfahrung wissen, gar nicht auf einen bestimmten Stand sich beschränken läßt.

Ueber den Gerichtsschreiber bitte ich zu S. 31 ff. zu vergleichen, was ich in meinen Vorträgen 1, 198 ff. über diese Person und über das schriftliche Verfahren überhaupt mitgetheilt habe, so wie über den Gewaltboten, den Boten der königlichen Gewalt, auch bodellus und praeco bei uns genannt, zu S. 31 a. E.

meine Vorträge H. 2 S. 219 und Geschichte der Strafen in Hamburg § 8 ff.

Damals war noch die glückliche Zeit, wo die meisten Rechtsachen, sowohl aus dem Gebiete des Civil- als des Criminalrechts öffentlich und mündlich verhandelt worden sind. Ich habe schon in meiner Anzeige der Miniaturbilder (welche vom 1. d., aber erst nach diesem Vortrage im Correspondenten vom 26. März abgedruckt wurde) darauf hingewiesen, welche Theilnahme und Aufmerksamkeit damals das zahlreich versammelte Publikum, ungeachtet es auf der Straße stehen mußte, dieser lebendigen Pflege der Justiz zuwandte. Die Scene, die wir vor uns sehen, in derselben Halle dort die Gerichtssitzung mit Partheien und Fürsprechern, hier lebhafte Unterhaltung der Fürsprecher mit ihren Partheien in mehreren Gruppirungen, erinnerte mich lebhaft an kürzlich in Edinburg Erlebtes. Wann werden wir in Hamburg so glücklich sein, die Morgenröthe einer besseren Zeit für unsere Justiz zu erblicken, wo das öffentliche und mündliche Verfahren wieder, wie es einst auch bei uns war, die Regel sein wird?

V.

Noch ein Beitrag zu den Altdeutschen Ansichten von der Gerichts-Competenz.

In einem Schreiben an Hrn. Etatsrath und Professor Falck in Kiel vom 22. Juni 1846.

Indem ich Ihnen hiermit, mein hochverehrter Herr Etatsrath, für ihre gefälligen Zuschriften vom 25. April und 9. Juni d. J. meinen herzlichsten Dank sage, glaube ich Ihnen denselben nicht besser bethätigen zu können, als wenn ich das Ergebniß der Forschungen hiermit zusammenstelle, zu denen Sie mich angeregt haben.

Mit Ihnen erkläre ich mich jetzt nach fortgesetzten Studien darin einverstanden, daß die von mir in meinen Vorträgen 1, 2, 216 allegirten Beweisstellen, um meine Ansicht zu begründen, daß für die Competenz der Gerichtsstände im Altdeutschen Rechtsverfahren keine feste Gränzen gezogen waren, nicht so zu verstehen sind, wie ich damals meinte. Nichtsdestoweniger bin ich Ihnen das freimüthige Bekenntniß schuldig, daß ich diese Ansicht, welche ich aus dem Totaleindruck der wiederholten Lecture der Hamb. und verwandten Statute aufgefaßt habe, noch nicht ohne Weiteres aufgeben kann, sondern mir vorbehalten muß, andere Belegstellen dafür zu ermitteln [1]).

---

1) Im Sachsensp. 1, 70, 2 findet sich eine Schuldklage gegen einen Nichtdingpflichtigen, der auch nicht anwesend ist. Die Erwähnung der vorgenommenen Pfändung beweist, daß er im Klagforum Güter hat. Aber sonderbar ist das forum rei sitae bei Mobilien!

Was aber die beiden bisher allegirten Stellen betrifft, so läßt sich daraus nichts weiter als eine sehr ausgedehnte Anwendung des forum deprehensionis bei unseren Vorfahren nachweisen [2]). Im Statut von 1292 N, 10 vgl. v. 1497 A, 15 (in Lappenberg's Ausg. ist S. 154 ein Druckfehler) muß man namentlich den Ausdruck gast nicht, wie ich gethan habe, mit dem allgemeineren „Fremdling" verwechseln, sondern überhaupt sowohl in den Statuten als auch im Sachsenspiegel 1, 20, 7. 3, 78, 7 nur von demjenigen Fremden verstehen, der sich augenblicklich bei uns aufhält. Somit erledigt sich meine a. a. O. gegebene Interpretation, und die Stelle bezieht sich auf den Fall, da der Gast hier ergriffen wird, der ausserhalb der Stadt einen unserer Bürger oder dessen Diener todtschlug. In welcher maaßlosen Ausdehnung der Gerichtstand der Ergreifung bei uns geltend gemacht wurde, beweist das merkwürdige Präjudicat von 1504 oder 1505 in der Langenbeckischen Glosse zu Stat. v. 1497 B, 15 (pag. Lappenb. 202).

Die Stelle in unserem Statut von 1270 IX. 7, zu der ich a. a. O. die Parallelstellen nur aus unseren späteren Stadtrechten gegeben habe, bekommt durch die Lappenbergische, seitdem erschienene Ausgabe, so wie durch Stat. Stad. VI, 6 (Puf. I app. p. 201) Stat. Rig. 110 (Puf. III append. p. 259) und Stat. Lub. Hach. III, 358 (p. 521) ein merkwürdiges Licht. Ich hatte mich durch die Sprachbemerkung in Anderson's Ausgabe unseres Statuts S. 29 verleiten lassen, das wedderſate oder, wie Rig. liest, weddeſettet, mit wedder oder weddeſchatte zu verwechseln. Man sieht aus den Varianten sowohl unserer Statute als der Parallelstellen aber, daß das Wort Widersetzung, oder, wie das Stader Statut, dessen jüngeren Ursprung auch wiederum diese Stelle nachweist, (vgl. meine Vorträge 1, 2, 475 ff.), zur Er-

---

2) Hiernach ist Falck's Ansicht in s. Schlesw. Holst. Privatr. 3, 273 zu prüfen, wonach der Gerichtsstand des begangenen Verbrechens nach unseren älteren Rechtsquellen ausschließlich zulässig ist, wobei Sachsensp. 1, 59 und 3, 25 Jülische, Lov. 2, 11 allegirt wird. Diese Ansicht hat für mich etwas in sich Unwahrscheinliches, weil sie mir nicht praktisch recht denkbar vorkommt.

läuterung hinzufügt, unrecht bezeichnet. Man kann dies nirgends sonst vorkommende Wort also allerdings, wie es in der von Ihnen angegebenen Stelle im Bremisch Niedersächs. Wörterbuch 3, 774 geschieht, durch Eingriff übersetzen, und mit Ihnen von einer nach Analogie der Criminalvergehen zu behandelnden Civilverletzung verstehen, wie denn früher zwischen den beiden Gebieten des Criminal- und Civilrechts überhaupt die Gränzen nicht so scharf gezogen waren, und wegen der fast völligen Gleichheit des Verfahrens auch nicht so scharf gezogen zu werden brauchten, wie es jetzt geschieht und rationell geschehen muß (vgl. viele Beispiele in meiner Abh. über Zurechnung Vorträge 1, 2, 346. 348 und an mehreren anderen Stellen).

VI.

Zur Geschichte der Einführung des schriftlichen Gerichtsverfahrens in Hamburg.

Berichtigung kürzlich darüber vernommener Irrthümer.

Vortrag, gehalten in der juristischen Section des geschichtlichen Vereins, am 17. November 1846.

In einer öffentlichen Versammlung von Juristen am 9. October d. J. soll, ausweise des Referats in den hiesigen Blättern, von dem Redner über die historische Entwickelung des schriftlichen und nicht öffentlichen Verfahrens in Hamburg gesagt sein:

Oeffentlichkeit und Mündlichkeit sei das Ursprüngliche, und nur vorübergehende Verhältnisse die Veranlassung gewesen, sie zu sistiren. Bis an den Schluß des siebzehnten Jahrhunderts sei das Verfahren hier mündlich und öffentlich gewesen. Da habe denn zunächst das überall in Deutschland herrschende Streben der Mittelgerichte, dem Reichskammergerichte nachzuahmen, die Einführung eines schriftlichen Verfahrens veranlaßt. — In jener Zeit präsidirte ferner der Prätor im Niedergerichte; seine überhäuften Arbeiten und seine zuletzt nur formelle Thätigkeit beim Rechtsprechen machten ihm eine mögliche Abkürzung der Audienzen und somit auch die Einführung des schriftlichen Verfahrens wünschenswerth. Endlich wirkte auch wesentlich der Streit der Procuratoren mit den Advokaten, und selbst mit den Mitgliedern des Niedergerichts

über die Befugniß der Schriftabfassung, der endlich dazu führte, dieselbe dem Procurator und Richter gleichmäßig zu untersagen.

Es ist mir unbegreiflich, wie man sich, zur Vertheidigung der Mündlichkeit, solcher Argumente bedienen mag, die ganz und gar unhistorisch sind. Es ist fast einem jeden der zu diesem Zweck vorgebrachten Sätze entweder grade zu ein Nicht wahr oder non liquet entgegen zu stellen. Wahrlich wenn das Verlangen nach Mündlichkeit nicht auf anderen Basen beruhte, als diesen, so müßte man sich ganz entschieden dagegen erklären. Aber man muß eine solche unhistorische Auffassung auch darum verwerfen, weil sie zu falschen Conclusionen führt. Sie läßt die Mängel des mündlichen eben so sehr verkennen als die eigentlichen Vorzüge des schriftlichen, sie führt zur Vertheidigung einer Mündlichkeit, welche immerhin von Ultras vertreten werden mag, aber nicht die Billigung der Freunde eines besonnenen Fortschrittes finden kann.

Darum ist es nothwendig, jene Verstöße gegen die Geschichte zur Sprache zu bringen. Wo dürfte es aber eher geschehen als hier? Wo müßte es sonst geschehen, wenn nicht hier?

Es ist falsch, daß

1. nur vorübergehende Verhältnisse die Sistirung der Mündlichkeit des Verfahrens veranlaßt hätten. Es thut mir Leid, daß meine Vorträge, selbst nachdem sie gedruckt sind, so wenige Früchte gebracht haben. Man hätte diese Manifestationen von gänzlicher Verkennung der Geschichte, wenn sie, was ich kaum glaube, wirklich vorgekommen sein sollten, gewiß in jener Versammlung vom 9. October nicht ruhig anhören und hinnehmen können, falls bei den modernen Reformbestrebungen mit der nothwendigen Besonnenheit und Gründlichkeit zu Werke gegangen würde. Für den unpartheiischen Geschichtsforscher kann es gar keinem Zweifel unterworfen sein, daß die geringe Verbreitung der Schreibkunst, das seltene Vorkommen von Menschen, welche fähig waren zu schreiben, Schuld daran gewesen ist, eine Mündlichkeit im Rechtsverfahren beizubehalten, von deren Umfang gewiß auch der eifrigste Radikale der heutigen Zeit abstrahiren

würde [1]). Nicht einmal die Ordele wurden ursprünglich niedergeschrieben, noch weniger hatte man Protokolle über gerichtliche Verhandlungen. Nur wenn es ganz ausdrücklich verlangt wurde, führte das Stadtrecht von 1270 es ein, daß dann das Ordel ins Buch eingetragen werden mußte [2]). Es ist gewiß, daß es im dreizehnten Jahrhunderte in unseren weltlichen Gerichten noch keine Gerichts-Protokolle gab [3]). Erst im sechzehnten Jahrhundert wurden dort die Gerichtschreiber verpflichtet, in jeder Sache Verhandlung und Findung zu verzeichnen. Allein das war schon im Anfange des achtzehnten Jahrhunderts nicht mehr im Gebrauch, sondern da verfaßte, wie es auch bei den ersten Präsidenten unseres Handelsgerichts Sitte war, der älteste Graduirte des Niedergerichts neben der Findung eine derselben voraufgeschickte kurze Uebersicht der Verhandlung und trug sie, was freilich in unseren Zeiten etwas Unerhörtes ist, wohl gar selbst in ein Buch ein.

Aber schon im funfzehnten Jahrhundert lassen sich Spuren von den Klagzetteln finden [4]), welche im sechzehnten Jahrhundert bei uns im Civil- und Criminalverfahren durchgängig sind, und an die französischen Qualitäten und Conclusionen (Anträge) erinnern.

Ja ebenso stößt man auf schriftliche Recesse für Exceptionen schon im funfzehnten Jahrhundert [5]).

---

1) Vgl. meine Vorträge 1, 1, 203 a. E.
2) Vgl. meine Vorträge 1, 1, 199 ff.
3) Die Hausaudienz des Bürgermeisters Langenbeck auf dem vierten Blatt der Miniaturen kennt auch noch kein Protokoll. Damit soll freilich nichts gesagt sein über das Verfahren in den Sendgerichten oder in Staatsprocessen, wo dort der geistliche Stand es möglich, hier die Bedeutung der Sache es nothwendig machte, schreibkundige Personen zuzuziehen. Daher finden sich Protokolle in den kürzlich von Professor Schaumann mitgetheilten Acten eines schriftlichen Processes in Deutschland (Jena 1847) von d. J. 1311. 1312, der vor einem geistlichen Richter verhandelt wurde, so wie in den von Prof. Michelsen (Jena 1844) herausgegebenen Acten eines von 1356 bis 1363 zwischen den Grafen von Holstein und dem hiesigen Rathe über die Stadtfreiheit geführten Rechtsstreits.
4) Vgl. meine Vorträge S. 203. 246. 276.
5) Vgl. das. 1, 2, 253 u. 311 vgl. 254 u. 316.

Es ist somit unwahr, daß

2. das Verfahren bis an den Schluß des siebzehnten Jahrhunderts bei uns ausschließlich mündlich gewesen wäre. Ebenso ist es nur in der Art öffentlich gewesen, wie wir es noch jetzt kennen. Nur sehen wir aus den Miniaturen, daß das Interesse für öffentliche Verhandlungen größer war, wie jetzt.

3. Es ergiebt sich ferner aus dem Vorhergehenden als unwahr, daß das schriftliche Verfahren bei uns als Nachahmung des Reichskammergerichts eingeführt sei. Davon habe ich bisher auch nicht die leiseste Spur finden können. Vielmehr ist es allmälig, wie wir gesehen haben, und zwar aus dem Bedürfniß hervorgegangen, über gerichtliche Verhandlungen in der Schrift etwas Bleibendes zu haben und aufweisen zu können.

4. Es ist unerwiesen, und ermangelt nach dem Vorhergehenden aller Wahrscheinlichkeit, daß die Sucht des Prätors, die Audienzen des Niedergerichts abzukürzen, das schriftliche Verfahren, eingeführt gewiß nicht, aber auch nur befördert habe. Wer den unerträglichen Uebelstand des mündlichen Verfahrens, wodurch die Audienzen in die Breite ausgedehnt, und die Verhandlung der Sachen wochenlang hinaus geschoben wird, kennt, wird es ohne Weiteres begreifen, daß unsere Vorfahren mit ihrer praktischen Weisheit zeitig auf Mittel Bedacht nahmen, diesem Uebelstande zuvorzukommen, und nur das muß auffallen, daß sich dazu schon zu einer Zeit das Bedürfniß regte, wo gewiß die Zahl der Rechtsachen bei Weitem nicht die Höhe erreicht hatte, wie jetzt.

5. Auch ist der wesentliche Einfluß des Streits zwischen Procuratoren und Advokaten problematisch und unerwiesen. Mir ist bis jetzt Nichts aufgestoßen, was eine solche Hypothese unterstützte. Rationell hat sie das wider sich, daß man eher glauben möchte, wenn sogar darüber Streit entstand, wer befugt war, Schriften abzufassen, so habe dies zu einem größeren Widerwillen gegen das schriftliche Verfahren überhaupt führen müssen. Das Wahre aber bleibt, daß es jetzt nur eben eine Mode ist, die gegen das schriftliche Verfahren eifert, wie es sonst Mode war, dasselbe vorzuziehen, nachdem man sich von seinen Vorzügen, so wie von

den Mängeln des ausschließlich mündlichen überzeugt, und, wie es denn zu gehen pflegt, die Vorzüge des bisher üblichen über die Vorzüge des neuen verkannt hatte. Es muß, wenn man unpartheiisch sein will, und keine Furcht hat, dem Zeitgeist in den Weg zu treten, freimüthig gesagt werden, daß auch das schriftliche Verfahren seine bedeutenden Vorzüge hat, und somit Gründe zu seiner wenigstens theilweisen Beibehaltung vorliegen, welche alle Moden und Zeitrichtungen überdauern werden. Mancher blinde Eiferer für Mündlichkeit möge es mit seinem Gewissen überlegen, ob nicht Eitelkeit oder Bequemlichkeit, ja selbst Oberflächlichkeit und übertriebenes Selbstvertrauen an seinen Philippiken gegen alles schriftliche Verfahren ihren reichlichen Antheil haben. Jedenfalls wird es aber Pflicht eines Vereins sein, der sich auf geschichtliche Forschungen beschränkt und danach nennt, immer und immer wieder auf das historische Aufkommen der Schrift im Gerichtswesen und auf die Nothwendigkeit, die darauf allmälig geführt hat, als auf eine reife Frucht der Erfahrung vieler Jahrhunderte hinzuweisen, welche bei allen Uebertreibungen der Schriftlichkeit nichtsdestoweniger nicht verdient hat, als ganz unbrauchbar in den Kehricht der Barbarei, der Willkühr oder des Despotismus geworfen zu werden.

VII.

Vorträge

über

mehrere Gegenstände des Alt-Hamburgischen

Privatrechts und Civilprocesses,

in specieller Beziehung auf einige wichtige Abhandlungen in der von Reyscher und Wilda seit 1839 herausgegebenen Zeitschrift für Deutsches Recht.

Inhalt.

Einleitung.
Allgemeine Vorbemerkungen.
Das Recht der Gewalt im Conflict mit dem Recht der Gewehr § 1.
Einfluß der städtischen Verhältnisse § 2.
Der Vogt und der Rath § 3.
I. Speciell vom Selbstpfändungsrecht § 4.
1. wegen Schuld § 5—10.
Das alte Concursverfahren § 7.
2. wegen Zinsen § 11.
3. wegen Miethe § 12—21.
4. wegen Schadens § 22.
5. Folgen der Selbstpfändung § 23.
II. Das Recht der Satzung § 24 ff.
Das Ordel IX, 21 von 1270 § 25 ff.
Grundsätze über Verantwortlichkeit des Empfängers § 28 a.
bei dem Contracte to holdende don § 29—32.
bei dem Contracte lenen § 33.
bei der Satzung § 34 ff.
Verhältniß der Satzung zum Eigenthum § 37 ff.
Distraction, Aufgebot, Verfolgung, Verkauf des Pfandes § 45 ff.

III. Das Recht der Gewehr.
Weitere Exegese von IX, 21. § 49—56.
Exegese anderer Ordele § 57 ff.
Resultate aus den bisherigen Forschungen für das neuste Recht § 65. 66.
Die Auflassungen im ältesten Stadt-Erbebuche § 67. 68.
IV. Das angebliche Gesammt-Eigenthum § 69—76.
V. Die Germanische Bürgschaft.
Zunächst für die Gewehr § 77.
Das Ordel VII, 8 von 1270 § 78 ff.
1. Bürgschaft für Civilschuld § 83 ff.
2. im Proceß § 88.
3. für Verbrechen § 89.
4. Geht Bürgschaft auf Erben? § 90 ff.
5. Einige sonstige Eigenthümlichkeiten der Germanischen Bürgschaft § 93.
Zwei Excurse:
1. (zu § 3) Ueber den Einfluß des Zeitverlaufs auf Rechts-Verhältnisse im Alt-Hamburgischen Rechte.
2. (zu § 49 ff.) Die Ansichten der Germanisten über das Verhältniß von Eigenthum und Besitz zu Gewehr.

Verzeichniß

der in den nachfolgenden Vorträgen speciell commentirten Ordele, mit Nachweis der §§, wo sie erläutert sind.

Stadtr. von 1270 I, 5 § 39.
I, 6 § 77.
I, 7 § 43.
I, 8 § 40.
I, 9 § 13. 14. 58.
I, 10 § 8.
I, 11 § 8.
I, 12 § 53.
I, 13 § 42.
I, 14 § 23. 36. 45.
I, 19 § 92.
I, 20 § 41.
I, 21 § 72.
I, 22 § 73.
II, 1 § 52.
II, 3 § 11.
II, 4 § 71.
II, 5 § 84.
III, 1 § 87.
III, 5. 10. 15. 17. § 89.
III, 16 § 70.
V, 2 § 42.
VI, 3 § 9.
VI, 4 § 9.
VI, 7 § 91.
VI, 14 § 27.
VI, 15 § 7. 16.
VI, 16 § 16. 32.
VI, 17 § 12.
VI, 19. 20 § 22.
VI, 23 § 55. 87.
VI, 24—26 § 88.
VI, 25, 1 § 92.
VI, 26 § 92.
VI, 27 § 55. 59. 60.
VI, 28 § 6.
VI, 31 § 21.
VI, 32 § 92.
VII, 3 § 46.
VII, 8 § 78—81.
VII, 9 § 62.
VII, 11 § 9.
VII, 17 § 50.
VII, 19 § 91.
IX, 5 § 10.
IX, 6 § 8.
IX, 7 § 87.
Stadtr. von 1270 IX, 8 § 86.
IX, 9 § 89.
IX, 10 § 85.
IX, 12 § 83.
IX, 13 § 5. 23. 36. 86.
IX, 14 § 8. 10.
IX, 18 § 56.
IX, 19 § 47.
IX, 21 § 25-29. § 49.
IX, 23 § 53. 55.
XII, 1 § 64.
XII, 4 § 53.
XII, 5 § 57. 62.
XII, 6 § 3.
XII, 12 § 29—31. 33—35.
Schiffsr. 25 § 72.
Stadtr. von 1292 A, 11 § 88.
C, 25 § 74.
C, 27 § 48.
G, 27 § 9.
M, 24 § 89.
M, 26 § 88.
P, 15 § 89.
Stadtr. von 1497 C, 1 Glosse § 10.
C, 2 § 10.
C, 3 § 8.
H, Glosse § 38.
H, 7 § 48.
I, § 30.
I, 30 § 74.
Stadtr. von 1605 I, 17, 5. 7 § 85.
I, 25, 1 § 88.
I, 25, 7 § 83.
II, 2, 7 § 55. 65. 66.
II, 4, 2 § 65. 66.
II, 6, 1 § 89.
II, 6, 8. 9 § 78. 81.
II, 8, 8 § 65. 66.
II, 11, 10 § 87.
II, 11, 16 § 92.
II, 19, 2. 3 § 64.
III, 5, 1. 2 § 72.
Urkunde 838 § 21.
Lübisches Recht II, 146. 147. § 44.
= = III, 82 § 44.
Bremisches = Stat. 48 u. 49 d. a. 1433 § 72.

Vorträge

über mehrere Gegenstände des Alt-Hamburgischen Privatrechts und Civilprocesses,

in specieller Beziehung auf einige wichtige Abhandlungen in der von Reyscher und Wilda seit 1839 herausgegebenen Zeitschrift für Deutsches Recht.

Gehalten in der juristischen Section des Hamburgischen Vereines für Geschichte von deren derzeitigem Dirigenten vom 22. September 1846 an.

Einleitung.

Es darf bei meinen Zuhörern vorausgesetzt werden, daß sie der Zeitschrift für Deutsches Recht, an welcher auch ein Landsmann von uns einen bedeutenden Antheil nimmt, von ihrem ersten Anfange an (1839) mit Aufmerksamkeit gefolgt sind. Unläugbar enthält sie Arbeiten, welche einen besonderen Aufschluß über viele bisher dunkle Stellen unserer Germanischen Rechtsgeschichte und insbesondere über den inneren Zusammenhang vieler ächt Deutscher Rechtsinstitute und Rechtsansichten, die man bisher gewohnt war entweder isolirt oder bis zur Entstellung mit Römischen Elementen vermischt zu betrachten, verbreitet oder doch vorbereitet haben. Es bietet sich für mich im Verfolg meiner Vorträge über Zurechnung (1843), über die bei uns üblichen Friedensgebote (1844) und über Rechtsverhältnisse zwischen Hausherrn und Häuerling (1845), eine nähere Veranlassung dar, bei einigen Aufsätzen jener Zeitschrift hier länger zu verweilen, und daran einige Betrachtungen über unser topisches Recht zu knüpfen, welche vielleicht zugleich geeignet sind, indem sie namentlich über mehrere alte Ordele von 1270 das richtige Verständniß aufschließen, auch für die Deutsche Rechtsgeschichte überhaupt Nutzen zu bringen, und Einiges in jenen Aufsätzen zu berichtigen.

Als den Ausgangspunkt für den gegenwärtigen Cyclus von Vorträgen wähle ich aus Gründen, die sich durch den Verfolg meiner Ansichten ergeben werden, Wilda's Abhandlung über das Pfändungsrecht Bd. 1 S. 167 ff. Daran werden sich Betrachtungen über Dasjenige anknüpfen lassen, was die Zeitschrift für das Recht der Satzung geliefert hat. Ich meine zunächst Förster's Erörterungen über die Haftung des Satzungs-Gläubigers für Verschulden und Zufall Bd. 9 S. 101 ff., und ferner die Beiträge mehrerer Germanisten zu der Lehre von dem Verhältnisse der Satzung zum Eigenthum. Bekanntlich ging in dieser letzteren Lehre die ältere Ansicht dahin, daß das Altdeutsche Pfandrecht dem Gläubiger ein widerrufliches Eigenthum in der Art der Römischen fiducia gewähre[1]). Diese Ansicht wurde zuerst von Albrecht (die Gewere S. 137 ff.) bekämpft, aber gegen Albrecht von Madai in der Zeitschrift 8, 285 ff. in Schutz genommen. Gegen Madai hat sich Förster a. a. O. S. 101 ff., ausführlicher aber Budde 9, 411 ff. erklärt. Der Letztere hat meines Erachtens die Argumente Madai's dafür, daß die Satzung, wie diese Germanisten es bezeichnen, eine sofort wirksame Veräusserung des Eigenthums (?) enthalte, zwar siegreich widerlegt, aber es fehlt der Schlußstein des Rechtsgebäudes in dem Buddeschen Räsonnement, den ich versuchen will nachzuweisen. Ich werde zu diesem Ende die wichtige Materie von dem Recht der Gewehr und besonders unser altes Ordel von 1270 IX, 21 einer umständlichen Revision unterziehen müssen, woran sich über den dogmatischen Begriff des angeblich Germanischen Gesammteigenthums eine Untersuchung anschließt. Den Beschluß der gegenwärtigen Vorträge werden einige Bemerkungen über Bürgschaft nach Alt-Hamburgischem Rechte machen, in Veranlassung von Herrn Dr. G. C. Müller's in Kiel Abhandlung über die Germanische Bürgschaft mit besonderer Rücksicht auf das Jütische Low Zeitschr. 1, 321 ff. und Herrn Professor Paulsen in Kiel Beitrag zu dieser Lehre nach Nordischem Rechte (das. Bd. 2 S. 124—147). Diese Abhandlungen, besonders ihr wichtiges Resultat, es sei im Widerspruch mit Eichhorn (Deutsche

---

1) Weiteres s. bei Förster S. 102.

Staats- und Rechtsgeschichte Bd. 1 S. 418 Ausg. 4) zu behaupten, der Bürge habe nach Altgermanischem Recht cumulativ und zwar nicht subsidiär mit dem Hauptschuldner gehaftet, und die Paulsensche Deduction dieses Princips aus dem Geiste des Altgermanischen Nationalrechts, werden mir ebenfalls Gelegenheit darbieten, einige interessante Ordele von 1270 genauer zu erörtern, als es bisher geschehen ist. Den inneren Zusammenhang dieser sämmtlichen Rechtsmaterien werde ich erst im allmäligen Verfolge meines Vortrages nachzuweisen im Stande sein, und bitte einstweilen um das Vertrauens-Votum, daß ich nicht ohne die Absicht, gerade dadurch recht viele Aufschlüsse über unser altes Recht in ihrer organischen Verknüpfung zu ertheilen, mich an meine Aufgabe gewagt habe.

Meine Vorträge eröffne ich somit diesmal mit dem

Alt-Hamburgischen Selbst-Pfändungsrecht,

und werde im Wesentlichen darthun, wie unser ältestes Statut von 1270, dessen Originalität ich mir schmeicheln darf, demselben dem Stadischen, Rigischen und Lübischen gegenüber bereits vindicirt zu haben, in vielen Ordelen, sowohl deren Inhalt als Fassung nach, ganz unverständlich und unbegreiflich sein würde, wenn man insbesondere zwei ächt Germanische Rechtsideen nicht berücksichtigt, oder auch nur nicht richtig auffaßt.

§ 1.

Das Recht der Gewalt im Conflict mit dem Recht der Gewehr.

Schon in andern Vorträgen (namentlich in demjenigen über unsere Friedensgebote) habe ich darauf hingedeutet, daß Rache und Selbsthülfe Grundzüge des ursprünglichen Germanischen Rechtslebens waren, daß Fehde und Feindschaft als etwas Erlaubtes, etwas Rechtmäßiges galten. Wir wollen uns in dieser Hinsicht nicht täuschen, und unsere Vorfahren nicht besser darstellen, als sie gewesen sind. Ihrem Nationalcharakter sind die Züge des Glaubens, der auf Demuth und Feindesliebe sich gründet, fremd gewesen, und viele Jahrhunderte hindurch trotz der großen Anstrengungen der fortschreitenden Kultur und Aufklärung fremd geblieben. Man kann, wie mir scheint, allerdings diesen Nationalcharakter so auffassen, daß er Rache, Selbsthülfe, Fehde, Faustrecht, als Aeusserungen einer erlaubten Selbstthätig-

keit und Freiheit, somit als ein Recht anerkannte, kurz daß man im allgemeinen Rechtsgefühl ein Recht der Faust, ein Recht der Gewalt gelten ließ[1]). Auch läßt es sich nicht verkennen, daß in diesem allgemeinen Rechtsgefühl einem solchen Rechte schon ursprünglich gewisse und zwar solche Gränzen gezogen waren, welche das Zusammenleben von Menschen nothwendig erheischt, daß das Recht, sich wegen Verbrechen oder wegen sonstiger Eingriffe oder Beeinträchtigungen der besonderen Rechtsverhältnisse der Einzelnen zu rächen und selbst zu helfen, nicht unbedingt ausgeübt werden durfte. Aber man geht zu weit, wenn man diese Beschränkungen des Rechts der Freiheit anders auffaßt, als etwa in der Bedeutung der Formen, welche noch jetzt in einem Ueberreste des Faustrechts, in dem uralten Gottesurtheile des Zweikampfs, herkömmlich sind, und überall geehrt sind, und beobachtet werden müssen. Jene Gränzen ergaben sich mehr als eine Nothwendigkeit, als etwas durch die Geltendmachung des Rechts selbst und durch den damit entstehenden Conflict mit andern gleich heiligen Vorrechten Entstandenes. Es scheint mir daher Wilda's Auffassung (Zeitschrift 1, 193 ff.) nicht adoptirt werden zu müssen, als ob Selbstgewalt und Selbsthülfe Rechts-Institute gewesen wären, deren Ausübung ursprünglich und wesentlich sich gewissen Regeln unterworfen hätte. Faßt man ein anderes Germanisches Urrecht ins Auge, so ergiebt sich, daß die Geltendmachung des bisher erwähnten Rechts mit demselben Collisionen erzeugte, die ohne Entstehung bestimmter willkürlicher Grundsätze gar nicht zu beseitigen waren. Dies war das Recht der Gewehre[2]), hergeleitet aus der Ansicht, daß was

---

1) Vgl. die Bestimmung 1270 XII, 1, die Lappenberg Vorr. zu den Hamb. Rechtsalterthümern S. LXXVI als auffallend nur in Beziehung auf unsere Zeit bezeichnen kann.

2) Wilda hat a. a. O. S. 217 ff. meines Erachtens überzeugend gegen Albrecht die Gewehre S. 19 und Mittermaier Grundsätze des Deutschen Privatrechts Aufl. 5 § 157 dargethan, daß das Selbstpfändungsrecht nicht auf dem Rechte der Gewehre beruhte, wiewohl Albrecht's Ansicht auch die der Glosse zu unserem Statut von 1497 G, 14 ist, die übrigens auch darin etwas Irrthümliches behauptet, daß sie das Recht, selbst zu pfänden, aus dem Sächsischen Recht herleitet, da es allgemein Germanisches ist.

der freie Germane in dem Bereiche hatte, den er nach anerkannter Volkssitte gegen fremde Eingriffe vertheidigen durfte, als heilig und mit dem Grundbesitz selbst unantastbar anzusehen sei (das Weitere unter § 49 ff.). Die Sitte, die Volksansicht verlieh auch dieser Gewehre und ihrem Frieden einen stärkeren Schutz, und im Verlauf der Zeit in einer von uns weiterhin (§ 49 ff.) zu erörternden Ausdehnung, als es Gesetze vermocht hätten. Daher ergaben sich aber grade für den Fall, wenn Faustrecht und Recht der Gewehre zusammenstießen, gewisse Regeln als durchaus unvermeidlich. Dabei ist gewiß schon hier die richtige Bemerkung vorwegzunehmen, wie selbst das schöne Recht der Gewehre dem rohen, aber gewiß älteren und daher selbst in der Sitte mächtiger geschützten und anerkannten Recht der Gewalt genöthigt war Concessionen zu machen, die uns unbegreiflich erscheinen, und unser Rechtsgefühl tief verletzen. Die Selbsthülfe durfte es sich gestatten, sogar die Gewehre nicht zu achten, der kräftige Vertheidiger der neueren Gewehre beugte sich vor der älteren Sitte, und vor dem Rechte, das durch sie geheiligt war[3]).

§ 2.

Einfluß der städtischen Verhältnisse.

Ebenso wie selbst das Urrecht der Gewehre sich zurückziehen mußte gegen das Faustrecht, so gab man auch nur nothgedrungen der Nothwendigkeit nach, als das Zusammenleben, namentlich das den Germanen ursprünglich widerstrebende, aber im Verlauf der Zeit unaufhaltsam entstehende Städteleben es mit sich brachte, das Fehde- und Faust-Recht gewissen Beschränkungen zu

---

3) Der Grund, warum man in unseren alten Ordelen von dem Recht der Nothwehr keine Spur findet (vgl. meinen Vortrag über Zurechnung § 88), liegt vermuthlich eben darin, daß das Recht der Gewalt so wenig als das Recht der Gewehr Rechts-Institute waren oder sich als solche ausgebildet hatten, übrigens aber der Ausbildung eines Rechts der Vertheidigung in der Noth, in einem Nothstande, im Wege waren, weil sie eine Regel für alle, nicht blos für exceptionelle (Noth-) Zustände bildeten. Der Noth gedenken unsere alten Ordele nur in den Fällen, wo von einem Leiden die Rede ist, nicht von einem Thun, das etwa straflos wäre, vgl. unten § 9.

unterziehen. Es waren nur Concessionen, die man sich abermals gezwungen sah, der allgemeinen nothdürftigsten Rechtsordnung, und zwar hier um des Zusammenwohnens willen, zu machen; sie entwickelten sich nicht aus der Idee, aus dem ursprünglichen Rechtsbegriff, sie waren vielmehr diesem fremd, erscheinen als etwas ganz Zufälliges und Willkührliches, aus den Umständen Hervorgegangenes, und widerstrebten daher Jahrhundertelang den Volksansichten, dem allgemeinen Gefühl von Freiheit und Selbstständigkeit, das noch jetzt selbst, ungeachtet es an der Rechtsordnung, an dem organisirten Staat, an der Religion den entschiedensten Widerstand findet, nicht selten jede Schranke zu durchbrechen droht.

§ 3.

Der Vogt und der Rath.

Zu einer Zeit, wo das Recht der königlichen Gewalt[1]) erst anfing sich auszubilden, konnte es aus den entwickelten Gründen nicht fehlen, daß, wenn auch der praktische Verstand unserer Vorfahren sie nothwendig darauf führen mußte, es sei unerläßlich, sich des Rechts der Selbsthülfe und Gewalt nicht mehr so zu bedienen, wie man es ursprünglich anerkannte, eine förmliche Uebertragung dieses Rechts auf die Regierungs- oder Justiz-Behörden nicht Statt fand. Bei uns erklärt sich der Umstand, daß wir im dreizehnten Jahrhundert den Rath mit sammt dem gräflichen Vogt in der Ausübung des Pfändungsrechts begriffen finden, aus dem Kampfe, den der Rath mit diesem bestand, um ihm die Gewalt zu entreissen, einem waffenlosen politischen Kampfe, in dem späterhin der Vogt hat unterliegen müssen (vgl. jedoch § 8). Aber freilich enthalten die Ordele, welche 1270 zuerst bei uns vermuthlich auch zu dem Zwecke gesammelt worden sind, um das alte Germanische Recht gegen den Einfluß der Kirche und des Römischen Rechts, und ferner das topische Stadtrecht gegen das Landrecht zu sichern, nur noch vereinzelte Spuren von dem alten Faustrecht[2]). Ich werde mich hier, indem ich eine Ausführung

---

1) Vgl. darüber Vorträge Bd. 1 Heft 2 S. 219 ff.

2) Wo dies Recht der Gewalt nicht mit städtischen Verhältnissen in Collision gerieth, sondern vielmehr den Interessen des Handels

über die Vorschriften, wo dem Zeitverlaufe ein Einfluß auf Rechtsverhältnisse eingeräumt wird, in einen Excurs verweise, auf die-

---

und Verkehrs zu Hülfe kam, da wird es in unserem Statut von 1270 in einer Ausdehnung anerkannt, daß man sich nur darüber wundern kann, wie wenig dies bisher unseren Rechtsforschern aufgefallen ist. Das alte Ordel von 1270 XII, 6, welches auch 1292 P, 6 und 1497 O, 13 wiederholt wird, und sich Stad. XI, 6 (Puf. I app. p. 223), Verd. 144 (daſ. p. 123), Rig. 149 (Puf. III app. p. 270), Brem. a. 1303 Ord. 75 (Oelrichs p. 109) a. 1428 IV, 32 (daſ. 393), a. 1433 Stat. 90 (daſ. 489), Lub. Cod. Hach. III, 398 (vgl. Parallelstellen aus anderen Rechten bei Pöhls in den Rechtsfällen Th. 3 H. 3 S. 22) ebenfalls findet, — behandelt es als ein sich von selbst verstehendes, unbeschränkbares Recht, Räubern und Dieben Gut abzujagen, und zwar ohne allen Unterschied, also nicht blos Gestohlenes und Geraubtes, sondern auch ihr eigenes Gut. Das Ordel findet sich im Sachsenspiegel 2, 37, 1 zwar nur excerpirt, aber ganz in derselben Ausdehnung des Princips. Es ist in dem vorzüglichen Bardewichschen Coder (vgl. darüber Hach S. 57) des Lübischen Rechts von 1294 (Cod. Hach. II, 80), vgl. Cod. Brok. I, 93. II, 228, sogar ausdrücklich der Fall vorausgesetzt, daß man ihnen ihr Gut abjagt (eneme deue sin gud afjaghet dat des deues was). Cropp faßt daher das alte Ordel Beitr. 2, 1, 56 nicht in dem richtigen Sinne auf, wenn er es auf den Fall beschränkt, daß Jemand Dieben und Räubern fremdes Gut abjagte. Wie war es auch einem Gute anzusehen, daß es fremdes Gut war? Der Verfolg des alten Ordels setzt überdies ganz offenbar voraus, daß es auch Gut war, worauf Niemand, wenigstens nicht der Abjager, Anspruch machen konnte. Ueberhaupt dreht sich das ganze Ordel mit Aengstlichkeit um die Regulirung des Verhaltens mit dem Gute, nachdem man es abgejagt hatte, nicht aber beschränkt es irgend das Abjagungsrecht selbst. Ebenso erkannte man noch später in den von Cropp a. a. O. S. 59 zusammengestellten Bestimmungen auf den Hansetagen es als ein Recht an, das einem Jeden unbedingt zustand, Seeräubern Gut abzujagen, und wurde einem solchen die Hälfte des Gutes zur Belohnung und als Ersatz für die gehabten Kosten zugesichert, ebenso wie unser Ordel jedenfalls dem Abjager seinen Arbeitslohn und Unkosten zuspricht, wenn selbst der, des dat is, das Gut reclamirt (vgl. die anderweitigen Bestimmungen über die Belohnung des Abjagers bei Cropp Beitr. 2, 2, 281 Anm. 23 und Lappenb. Vorr. zu den Hamb. R. A. S. LIV). Will man nun noch einen Schritt weiter gehen, und nicht voraussetzen, daß hier von notorischen Räubern und Dieben

jenigen Spuren des alten Rechts der Selbsthülfe beschränken, welche sich in der Lehre vom Selbst-Pfändungsrecht nachweisen lassen, von demjenigen Rechte, das dem Germanen von der Sitte und dem Nationalgefühl verliehen war, um seinen gerechten Ansprüchen selbst und ohne Dazwischenkunft der Gerichte oder einer sonstigen Regierungsgewalt Geltung zu verschaffen.

§ 4.

I. Das Selbstpfändungsrecht.

Es ist nämlich unbestreitbar, daß der Gläubiger nach ältestem Germanischem Rechte befugt war, für einen wahren und anerkannten Anspruch den Schuldner selbst in dessen Gewehr aufzusuchen, und sich Befriedigung zu verschaffen, ohne ursprünglich einer gerichtlichen Erlaubniß dazu zu bedürfen, und ohne Gerichtspersonen hinzuzuziehen. Am vollständigsten ist dies von Wilda (1839) nachgewiesen, der es für Schuld, S. 190 ff. für Zinsen S. 209 ff., und für Schadenzufügung an Grund-

---

die Rede ist, so findet sich in dem Ordel das Recht, auf die Gefahr hin, das Unrechte anzufassen, und dadurch in Wette und Buße zu verfallen, sogar auch Andern auf diese Weise Gut abzujagen, d. h. doch ohne Zuziehung des Gerichts gewaltsam zu nehmen. Jedenfalls ist aber hier die große Achtung vor dem Recht der Gewalt unverkennbar, dem man hier keine Schranken setzte, weil dazu in dem städtischen Zusammenleben kein Bedürfniß vorlag. — Dasselbe Recht ist es denn auch, das man in unserem alten Gerichtsverfahren in so fern anerkannte, daß selbst Derjenige, der eine Sache in seinen Wehren, also nicht blos Anspruch auf Schutz, sondern das Recht der Selbstvertheidigung unbestreitbar hatte, erst den Beweis führen mußte, wie er zu der Sache gekommen war (§ 56 unten), ehe der Angreifer, der den Muth hatte es zu beanspruchen, seinerseits zu beweisen brauchte. Dieser hatte durch seinen Angriff die Vermuthung für sich, daß er demnächst auch würde beweisen können, was ihm oblag, was ohne die Kenntniß des Gewaltrechts als ein juristisches Unding erscheint. Ich habe von diesem Verhältniß in einem früheren Vortrage gehandelt, worauf ich hier mich des Weiteren beziehe. — Da aber es unstreitig älteres Recht ist, Dieben und Räubern ohne gerichtliche Hülfe ihr Gut abjagen zu dürfen, so enthält Cod. Lub. Hach. II, 81 offenbar schon späteres Recht, in so fern danach Niemand Diebsgut ohne des Vogtes Erlaubniß bei Strafe von 60 ß mehr nehmen darf.

stücken und Besitzstörungen S. 227 ff. dargethan hat. Unser ältestes Statut erkennt nun freilich ausdrücklich nirgends dies Recht eigenmächtiger Execution mehr an; es gestattet aber dasselbe noch in einigen Fällen, in andern erkennt man an den Vorschriften, die eine Intercession der Regierungsgewalt erfordern oder voraussetzen, daß dies nur Concessionen waren, welche dem ursprünglichen Faustrecht, als der Quelle des Pfändungsrechtes fremd sind. Wenn übrigens unser Statut von dem Pfändungsrecht wegen Schadens nur einige Fälle hervorhebt, so darf nicht übersehen werden, daß die Ordelensammlung sich auf die Verhältnisse und Bedürfnisse einer Stadt beschränkte.

§ 5.

I. Wegen Schuld.

Wir wollen jetzt einzelne alte Ordele beleuchten, wobei wir der von Wilda getroffenen Anordnung folgen wollen, und danach einige Bestimmungen anschließen werden, welche nur durch die Kenntniß des alten Selbstpfändungsrechts verständlich sind.

Wegen Schuld war zuvörderst bei uns dies Recht im Statut von 1270 nicht mehr statthaft ohne Zuziehung des gräflichen Vogts.

Hier ist das Ordel IX, 13 zunächst zu erwähnen, die Quelle unseres neusten Statuts von 1605 1, 25, 8. Nach der Lappenbergischen Ausgabe S. 54 heißt es so:

> So we schult vorderet uppe enen man, de nicht gelden ne mach noch borgen setten mach, vnde bekent he der schult: de voghet schal eme den man antworden vor syn gelt ꝛc.

Die Bestimmung findet sich auch im Sachsenspiegel 3. 39, 1 [1]), dort ist es durch den Zusatz vor gerichte erwordert noch klarer, daß von einer gerichtlich eingeklagten Schuld die Rede ist: vgl. über den Ausdruck vorderen meine gedruckten Vorträge 1, 2, 358. Nur steht für unseren Vogt der richter. Buchstäblich wird unser Ordel angetroffen im Cod. Lub. Hach. III, 364, Stat. Stad. VI, 12 bei Puf. I app. p. 203. Stat. Rig. 115 bei Puf. III app. p. 260. Ebenso Stat. Verd. 52 bei Puf. I app. p. 96,

1) Vgl. auch Lappenb. Vorr. zu den Hamb. R. A. S. LIX. LXIV. LXXV. XCVII.

wo aber für Vogt de Radt, und Stat. Brem. d. 1303 ord. 92 (Oelr. p. 120) d. 1428 3, 8 (p. 369) und 1433 ord. 73 (p. 535) wo dafür de voget edder de vrone steht. Unser Ordel ist schon im Statut von 1292 dahin verändert, daß von der schult an es heißt oder wert he overtughet: men scal ene antworden ome to einen pande vor sin ghelt, und ebenso 1497 L, 6. Es ist hier bemerkenswerth, daß nur für eine gerichtlich anerkannte Schuld die Pfändung ursprünglich gestattet, daß aber ausdrücklich dem Vogt dieselbe übertragen wird, wiewohl man das Selbstpfändungsrecht daran noch erkennt, daß dieser den Schuldner dem Gläubiger, und zwar, wie es 1292 ausdrücklich heißt, zum Pfande übergiebt [2]). Uebrigens war unsere Stadt darin schon weiter vorgeschritten, als andere Gegenden unseres Deutschen Vaterlandes, daß Selbsthülfe hier ausgeschlossen war, und es der Landfrieden von 1281, 1391 ff. nicht mehr für uns bedurfte (vgl. Wilda S. 198 ff.), in denen die eigenmächtige

---

2) Wenn Göschen für Goslar Recht hat, daß dort das Verfahren gegen die Person nur subsidiär war, und also erst eintrat, wenn die Pfändung ohne Erfolg war, vgl. S. 405: so weicht Goslar hier von unserem und den damit verwandten Rechten entschieden ab. Allein andererseits faßt Herr Dr. Müller in seiner Abhandl. über Bürgschaft, von der wir unten § 78 ff. umständlich handeln werden (Reyscher und Wilda Zeitschr. 1, 326) darin das Altdeutsche Recht unrichtig auf, wenn er meint, eine Schuldverbindlichkeit sei hier zunächst auf die Person gegangen, habe den Körper zunächst afficirt. Herr Prof. Paulsen (Zeitschr. 2, 126—130) hat ihn darin aus Nordischen Rechten widerlegt. Unser Statut und seine Stammverwandten sagen IX, 8 und 13 ausdrücklich, daß nur dann, wenn der Schuldner nicht bezahlen (gelden), und auch keine Bürgen setzen konnte, er persönlich für eine Schuld, die er anerkannte, aufzukommen hatte. Ausserdem würde es sich annehmen lassen, daß ein Recht, das der Selbsthülfe in Beziehung auf die Güter des Schuldners eine solche Ausdehnung gab, wie das Altdeutsche Recht, nicht wird von der principalen Haft der Person ausgegangen sein, zumal da es der persönlichen Freiheit eine so große Anerkennung zollte, wie vielleicht kein anderes Recht sonst. Es liegt ein Widerspruch darin, anzunehmen, daß dasselbe Recht, welches ein Recht der Selbsthülfe und Selbstvertheidigung anerkannte, das persönliche Recht nicht sollte respectirt haben. Vgl. unten § 90.

Pfändung als Regel noch anerkannt wurde. Daß Karls des Großen Gebot an die Sachsen capit. de partib. Saxon. a. 785 c. 25, wonach keiner den Andern pfänden darf, bei uns diesen Einfluß gehabt hätte, ist mir unwahrscheinlich, weil man eben nirgends derzeit dies Gebot, das viel zu allgemein und mit dem herrschenden Rechtsgefühl im Widerstreit erschien, respectirte vgl. Wilda S. 202. Bei uns ergab das geordnete städtische Gemeinwesen von selbst den möglichsten Ausschluß des Selbstpfändungsrechts, und nur daran erkennt man, daß hier eine Ausnahme von dem alten Recht vorliegt, weil hier dem Vogt das Recht zugebilligt wird, was, wie wir weiterhin sehen werden, sonst damals schon nur Rath und Vogt gemeinschaftlich ausüben durften.

§ 6.

Fortsetzung.

Wie neu das Verbot der Selbstpfändung noch war, beweist ein anderes Ordel VI, 28. Es heißt nach der wichtigsten Handschrift, dem Bremerschen Codex (vgl. Lappenberg S. LXXXIX ff.) folgendermaaßen:

Eyn man see weme he syn gud to borge do. Vnde wert he dar vmme clachaftich, vnde mach eme dor der stad breue willen recht schen, also dar stadrecht is ofte leenrecht ofte landrecht is: he ne schal dar nenen man vmme panden. Mer ne mach em nen recht schen, so schal eme de rad helpen.

Nur der erwähnte Codex hat ofte leenrecht, keiner sonst, ebenso wenig das Statut von 1292 G, 23, Cod. Hach. Lub. III, 323, Stat. Stad. V, 27 (Puf. I app. p. 198) Rig. 86 (Puf. III App. p. 250). Alle Handschriften unseres Statuts von 1270 lesen am Schlusse so schal eme de stad raden vnde helpen, vgl. Lapp. p. 36, ebenso Cod. Lub. Hach. III, Stat. Stad. und Rig. Unser Statut von 1292 hat: so scal eme de raet raden vnde helpen. Einige werthvolle Handschriften des Lübischen Statuts (vgl. Hach. S. 501) lesen dafür: so schal me eme alles rechtes gunnen. Lappenberg (vgl. Hugo's Civ. Mag. VI, 220) scheint auf die Lesart ofte leenrecht keinen besonderen Werth zu legen, weil er annimmt, Landrecht begreife auch Lehn-

recht. Er führt aber unser Ordel in seiner Vorrede zu den Hamb. R. A. S. LXX als unserem Stadtrecht eigenthümlich auf, und findet darin das Verfahren gegen einen auswärtigen gewöhnlichen Schuldner, dem ein Hiesiger seine Sache anvertraut habe. Er soll ihn vor dessen Gericht verklagen, und der Rath durch Sendschreiben, oder, wenn dies nicht angeht, sonst ihm helfen oder rathen. Aber jedenfalls soll er Niemanden deshalb eigenmächtig pfänden. Lappenberg findet in dieser Stelle eine Uebereinstimmung mit einem Vertrage Hamburgs mit dem Lande Wursten v. J. 1238. Dann heißen die Worte syn Gud to borghe don, sein Gut Jemandem anvertrauen. Homeyer in s. Register zum Sachsensp. s. v. Borg führt indessen mehrere Stellen des Sachsensp. an, wo es heißt: gegen Bürgschaft los lassen. Das kann aber am wenigsten dem Sinn unserer Stelle entsprechen. Meines Erachtens heißt die Stelle: sein Gut auf Borg, d. h. auf Credit austhun, so wie es in dem zuerst 1292 G, 30 vorkommenden Ordel heißt to borghe koft, dasselbe also, was 1270 VI, 23 (vgl. § 61) betrouwen bedeutet. Es ist hier also die Rede von dem Falle eines Depositums (vgl. § 29), wo selbst Derjenige, dessen Vertrauen gemisbraucht war, und der sein Gut reclamirte, sich nicht soll selbst helfen wollen. Er soll sich der Hülfe der Stadt bedienen. Selbst wenn er im Gerichtswege nicht zu dem Seinigen gelangt, soll es ihm nicht gestattet sein, wie die alten Lübischen Handschriften noch zulassen, sich selbst zu helfen, sondern auch dann soll die Stadt, oder, wie unser Statut von 1292 dies genauer angiebt, der Rath von ihm angegangen werden, und ihm rathen und helfen. Das Ordel führt darauf hin, daß das Selbstpfändungsrecht im allgemeinsten Rechtsbewußtsein der Nation lag, und daß es also allerdings einer besonderen Vorschrift bedurfte, um zu verhindern, daß sich nicht Derjenige selbst half, der das Seinige reclamirte. Aber man kann es nicht verkennen, daß diese Vorschrift mit dem Untergange des alten Faustrechs obsolet wurde, weil sie sich von selbst verstand, und wohl daraus erklärt es sich, daß sie sich im Statut von 1292 bereits durchstrichen (vgl. Lapp. S. 132, Anderson S. 297), und im Statut von 1497 nicht mehr findet. Uebrigens beweist unser Ordel, wie weit unser Rechtzustand dem des übrigen

Deutschen Vaterlandes vorangeeilt war, indem es selbst für den Fall, wo das Meinige an einen andern Ort hingeschafft war [1]), jede, und zwar hiesige Ausübung des Selbstpfändungsrechts verwarf, und mich anwies, den Gerichtsweg zu beschreiten, wie es das Recht der Stadt oder des Landes mit sich brachte, wo das Object war [2]).

§ 7.

Fortsetzung. Concursverfahren.

Nur in einem einzigen Falle scheint es dem Gläubiger noch erlaubt geblieben zu sein, wegen einer Civilschuld selbst zu pfänden. Ich werde auf dies Ordel 1270 VI, 15 noch wieder da zurückkommen müssen, wo ich von dem Selbstpfändungsrecht wegen Zinsen und Miethe handeln muß (§ 16). Hier erlaube ich mir nur vorweg zu bemerken, daß ein förmliches und gerichtliches Concursverfahren bei uns sich erst allmälig ausgebildet hat [1]). Im dreizehnten Jahrhundert finden sich Spuren von dem Rechte der Selbsthülfe auch hier für den Fall, wenn der Schuldner nicht etwa anwesend ist [2]), oder wegen Geschäfte verreist (1270 1, 15), sondern heimlich aus der Stadt entweicht (by slapener tyt [3])). Von seinem Gute, was in dem Hause bleibt, nimmt erst der Hausherr seine Hauer (§ 12 ff.), und heißt es weiter:

---

1) Die Erwähnung der Stadtbriefe bestätigt es, daß dieser Fall hier gemeint ist, vgl. 1270 1, 15.

2) Es ist hier also ein Beweis mehr dafür, daß ich in meinen Vorträgen 1, 2, S. 216 das Ordel von 1270 IX, 7 nicht richtig aufgefaßt habe, weshalb das Weitere aus meinem Briefe an Falck zu ersehen ist.

1) Unser ältestes vollständiges Concursgesetz ist bekanntlich Th. 1 Tit. 43 im neusten Statut von 1605, fast buchstäblich mit der Nürnberger Reformation von 1564 Tit. 12 übereinstimmend, und nur gegen flüchtige und verstorbene Schuldner gerichtet. Es scheint, auch aus Statut von 1605 1, 41, 13, daß damals die cessio bonorum des Römischen Rechts unstatthaft war. Dann erschien 1645 die neu revidirte Bankerottir- und Falliten-Ordnung, welche 1753 durch die noch jetzt bestehende aufgehoben ist.

2) Vgl. über diesen Fall Cropp crim. Beitr. 2, 2, 267 Anm. 42 und unten § 46 Num. 1.

3) Daß dies mit heimlich synonym ist, beweist auch die Ueberschrift von 1270, 1, 13. Wenn sich in den Handschriften übrigens dort

Vnde so wat dar bouen is, so wor dat is, dat scholen de anderen hebben gelik, de it mit rechte tugen mogen, vnde wynnen mark marklike [4]).

Mit wenigen unerheblichen Varianten findet sich dieselbe Vorschrift im Stat. Stad. V, 14 (Puf. I app. p. 194) Stat. Luh. Hach. III, 310 [5]) Stat. Verd. 148 (Puf. I app. p. 124) Stat. Rig. 70 (Puf. I app. p. 246) und im Stat. Brem. d. 1433 ord. 99 (Ed. Oelr. p. 548). Merkwürdiger Weise ist aber die Bestimmung schon in unserem Statut von 1292 weggeblieben, und um so weniger zu bezweifeln, daß das alte Selbstpfändungsrecht hier noch vorlag.

§ 8.

Fortsetzung.

Wenn man aber auch einerseits sich genöthigt sah, in unserem städtischen Zusammenleben und Verkehr dem allgemeinen Vorurtheil erlaubter Selbstpfändung in den Weg treten zu müssen: so war man andererseits um so behutsamer darin, das Vorurtheil in Hinsicht auf das Recht der Gewehr, und das Recht, dieselbe zu vertheidigen und heilig zu halten, zu verletzen, um dadurch nicht die Selbsthülfe zu provociren. Nur aus dieser Auffassung läßt sich in mehrere Bestimmungen unserer ältesten Statute ein Verständniß bringen. So erklärt sich nur daraus die weitläufige

---

und VI, 13 det für tyt findet: so ist das wohl nur Schreibfehler. Mir ist das Wort det für Zeit nicht bekannt. — Daß dem Schuldner in damaliger Zeit fast nichts anderes übrig blieb, um sich vor seinen verfolgenden Gläubigern zu retten, als heimliche Flucht, lag darin eben, daß diesen das Recht zustand, sich seiner Person zu bemächtigen, und ihn seiner Freiheit zu berauben. Die Strenge der alten Rechtsansichten gab freilich auch in der heimlichen Flucht dem bedrängten Schuldner nur ein Palliativ, weil ihn dann die Gefahr der Verfestung und Friedlosigkeit drohete, als die Folge der allgemeinen Anerkennung des Rechts der Selbsthülfe und Selbstpfändung.

4) Vgl. Cropp Crim. Beitr. 2, 2, 277 Anm. 12. S. auch unten § 91.

5) Merkwürdiger Weise findet sich in demselben Stat. III. art. 250 nach einigen guten Handschriften: Blivet dar ock mer gudes alse de hure betalet is, dat scholen de schuldener delen na marktalen, dat is to vorstaende efte se dat tuegen mogen na dode efte na wicknisse.

Procedur, wenn Jemand dem Andern zu nahe baut, und ein Bauverbot erhält. Dreimal soll er erst gewarnt und vorgeladen und mit Wette bestraft werden, erst dann heißt es 1270 I, 10:

> Vnde denne scholen de ratmanne darto gan mit dem vogede, vnde helpen dem guden manne rechtes, vnde dat de man nicht mer ne buwe, vnde scholen eme des helpen, dat he upbreke dat he ouer bod gebuwet heuet.

An dieser weitschweifigen Procedur wagte man Jahrhunderte hindurch nichts zu ändern, daher dieselbe Vorschrift sich 1292 C, 6 und 1497 G, 11 findet. Erst im Statut von 1605 II, 20, 5 ward sie abgekürzt, und doch sieht man auch da noch, wie tief eingewurzelt die besondere Rücksicht auf die Gewehre und vielleicht die Besorgniß war, durch Verletzung ihrer Vorrechte Selbsthülfe zu veranlassen. Unser altes Ordel findet sich auch Stat. Lub. Hach. III, 251. Stat. Stad. 1, 6 (Puf. I app. p. 172) Stat. Rig. 9 (Puf. III app. p. 226).

Wie hier nicht der Rath oder der Vogt allein, sondern nur Beide zusammen die fremde Gewehre betreten sollen, so ist dasselbe auch in einem andern Falle vorgeschrieben, worüber wir folgendes merkwürdige Ordel besitzen:

> So wor een man deme anderen schult gift vmme syn erue, weder it eme to weddeschatte hebbe set ofte vorkoft, des en schal ene de voght nicht weldegen, he ne wynne it mit rechte, it sy dat de mene rade dat segge, dat it recht sy, vnde so schal ene openbare de voget vnde de rad weldegen.

Diesem Ordel von 1270 1, 11 liegt das auch im Sachsenspiegel 1, 53, 3 und 2, 24, 1 bereits ausdrücklich aufgestellte, und eben deshalb an das ältere Recht der Selbsthülfe erinnernde, weil demselben derogirende Princip zum Grunde, daß selbst von Gerichtswegen Niemand anders aus seiner Gewehr gewiesen werden kann[1]), als wenn er vom Gericht mittelst eines förmlichen Verfahrens verurtheilt worden ist. So wie aber nach mehreren älteren Volksrechten, namentlich dem Fränkischen (vgl. Wilda a. a. O. S. 182), es nicht genügte, daß die selbst ge-

---

1) Das Weitere über die Bedeutung des weldegen s. unten § 53.

richtlich gestattete Pfändung vom Grafen allein vorgenommen wurde, sondern dieser auch die Nachinburgen zuziehen mußte, zum besten Beweise, wie viel Umstände man erforderlich erachtete, um das Recht der Gewehre nicht zu verletzen, und dadurch Faustrecht zu provociren: so sollte bei uns der gräfliche Vogt nicht den Mann, der sein Erbe verpfändet oder verkauft hatte, aus demselben weisen können, selbst wenn das Gericht es angeordnet hatte, sondern nur der Vogt und der Rath, nachdem der gemeine Rath dies verfügt hatte.

Das Ordel findet sich auch im Stat. Stad. 1, 7 (Puf. I app. p. 173), so wie im Stat. Rig. 11 (Puf. III app. p. 227) und Stat. Lubec. Hach. III, 252. Wir finden in den verschiedenen Varianten und sonst noch Veranlassung zu folgenden Bemerkungen:

1. Anderson hatte die Lesart so schall ene de Vaget dat apenbaren vnde de Rad weldigen, die sich nur in drei Handschriften und ausserdem im Stader Statut[2]) findet, aber späteren Ursprungs zu sein, und von der Hand eines Abschreibers herzurühren scheint, welcher sich vielleicht nicht erklären konnte, warum der Vogt und der Rath gemeinschaftlich die Entwältigung vorzunehmen hatten. Die Lappenbergische findet sich auch in den Statuten von 1292 C, 7, 1 und von 1497 B, 4, 1. Es soll offenbar am hellen Tage geschehen, und fügen die Statute von 1292 und 1497 hinzu:

> Vnde so scal he des auendes vppe dhat hus komen, vnde scal dhes dhar bekennen mit dhen uogheden.

Es fragt sich, worauf das he geht. Bezieht man es auf den Rath, so macht es die Procedur solenner. Nimmt man es von dem zu Entwehrenden, so würde es die Besorgniß bestätigen, die man hatte vor der Selbsthülfe, der Rache des Entwältigten. Man hätte dieser dann auch dadurch vorzubeugen gesucht, daß man ihn veranlaßt hätte, auf dem Rathhause selbst es zu bestätigen.

2. In der Glosse zum Statut von 1497 (vgl. Lappenb. S. 196) findet man das Bestreben, das alte Ordel aus Römischem Recht zu rechtfertigen und zu erklären. Sie beweist

---

2) Abermals ein Beweis gegen die Pufendorf'sche Hypothese von der Originalität des Stader Statuts.

dadurch, wie entfernt schon der damaligen Zeit in Folge des oberflächlichsten Studiums des fremden Rechts das gehörige Verständniß des alten Deutschen Volksrechts lag, ein Verständniß, das erst unserer Zeit aufbehalten ist, sich zugänglich zu machen.

3. Auch unser neustes Statut erlangt erst durch diese antiquarische Forschung sein nöthiges Licht. Wenn es 1605 1, 4, 4 heißt:

> Es soll aber Niemand auspfänden, oder Jemand in des Andern Güter eher immittiren oder wäldigen, es sei denn zuvor durch ordentlich Recht erkannt;

wenn dies im Receß von 1603 Art. 2 a. E. abermals speciell eingeschärft wird, und wir aus den Commentaren zum neusten Statut (vgl. die neuste Ausg. S. 24) ersehen, daß die Pfändung nur auf ein gerichtliches Urtheil, nicht auf Extrajudicial-Verfügung des Raths oder einzelner Rathsmitglieder soll geschehen können: so würden wir ohne Kenntniß der alten Rechte nicht begreifen, warum dergleichen ausdrücklich eingeschärft, warum darauf als ein altes bürgerliches Vorrecht so eifrig gehalten wird.

4. Noch zu einer andern rechtshistorischen Bemerkung giebt das alte Ordel Anlaß, und enthält wiederum einen Beweis mehr, daß das Stadtrecht von 1270 ursprünglich für Hamburg gesammelt sein muß. Es scheint, daß man ursprünglich geglaubt hat, dem Zeitfortschritte viel einzuräumen, wenn man sich, um den Andern zu entwältigen, statt der Selbstpfändung an den gräflichen Vertreter wandte. Aber selbst dies ward nicht genügend gefunden. Der Rath sollte darum angegangen werden. Vielleicht glaubte man durch eine solche Observanz dem bürgerlichen Gefühl, gegenüber dem älteren Nationalgefühl, wohlzuthun, daß man die Ausübung der Selbsthülfe nicht blos dem gräflichen Vogt, sondern auch dem Vertreter der bürgerlichen Interessen, dem Rathe, zuwies. Vielleicht wirkte auch das schon im dreizehnten Jahrhundert sichtbar hervortretende Bestreben (vgl. Lappenbergs Jubiläumsprogramm S. 13, das übrigens meines Erachtens mancher Ergänzungen und Berichtigungen bedarf) mit, die Gewalt des Vogts zu beschränken, und ihm den Antheil an den Gerichtsporteln zu schmälern vgl. 1270 IX, 6. 28. 30.

5. Die Entwältigung durch Vogt und Rath wird auch im Ordel 1270 1, 14 angeordnet. Diese Vorschrift, welche sich auf die Prosecution eines gesetzten Pfandes bezieht, und daher von mir bei der Satzung (§ 45) noch besonders erörtert werden muß, würde mit ihrer unbeholfenen Breite, mit ihren unendlichen Förmlichkeiten, welche vorhergehen müssen, ehe selbst Vogt und Rath die Entwältigung vornehmen dürfen, ganz unbegreiflich sein, wenn man nicht davon ausgehen wollte, daß das Recht der Selbsthülfe im allgemeinsten Volksbewußtsein anerkannt war, und daher nur behutsam überwunden werden konnte. Merkwürdig ist dies übrigens bei einer so alten Vorschrift weit weniger, als die historische Erscheinung, daß sich die für einen lebhaften, raschen Geschäftsverkehr, so wie für ein wohl organisirtes Creditsystem unleidlichen Weitschweifigkeiten in den Formen selbst noch 1605 im neusten Statut 1, 42 wiederfinden, wo sie denn sich freilich nur noch als Begünstigung blosser Chikane erhalten haben, aber nichtsdestoweniger erst allmälig gesunderen Grundsätzen gewichen sind. Man kann vielleicht selbst noch in der Vorschrift der Neuen Fallitenordnung Art. 79 sub 2 (vgl. das Weitere über diese Materie bei Klef. Samml. Hamb. Ges. 1, 453 ff.) die alte Gewalt des sinnlos gewordenen Schlendrians wieder erkennen, und muß es als einen Fortschritt bezeichnen, daß endlich seit dem Maibrande 1842 es immer mehr üblich wird, ausser dem Concurse ein Grundstück in einem einzigen Termine zum öffentlichen Verkaufe zu bringen.

6. Zu den bisher erwähnten Beweisstellen dafür, daß der Vogt mit dem Rathe gemeinschaftlich das Pfändungsrecht zu exerciren hatte, gehören noch 1270 IX, 5, 3, wovon weiterhin (§ 10) die Rede speciell sein wird. Man kann 1270 IX, 6 nicht als Gegenbeweis anführen, und etwa dahin verstehen, daß in einzelnen Fällen dem Vogt erlaubt gewesen wäre, allein die Gewehre zu betreten, und zu pfänden. Man muß die Stelle von dem Falle verstehen, wo der Vogt sich weigert, die mit dem Rathe gemeinschaftlich vorzunehmende Pfändung zu vollziehen. In einem solchen Falle blieb in der That nichts übrig, als den Rath allein zu ermächtigen; aber wie sehr die alten Vorurtheile noch wirkten, erkennt sich daran, daß man es nöthig fand, ein

Ordel, das diesen Selbstverstand ausdrücklich anordnete, in die erste Rechtssammlung aufzunehmen, und sogar noch 1292 M, 5 und 1497 C, 2, 1 umständlich beizubehalten, was selbst damals nur noch als Schlendrian angesehen werden kann. Es lautet so:

> So we vor rechte boden wert dree dinge ofte ouer dach-ding sit, vnde wil de voghet dor vruntschop ofte dor leue to sinen weren nicht gan, vnde wert it deme rade elaget: de rad schal den man besenden, vnde dárto dwingen, dat he alto hand geue pennynghe ofte pand,

und findet sich ebenso im Stat. Stad. VI, 5 (Puf. I app. p. 201) Stat. Rig. 109 (Puf. III app. p. 258) und Stat. Lub. Hach. III, 357. Uebrigens ersieht man aus dieser Stelle, daß man nicht etwa die Procedur so zu verstehen hat, als wenn der ganze Rath die Pfändung vorgenommen hätte, sondern er sendete ebenso dazu besonders Beauftragte aus seiner Mitte.

Wenn daher 1270 IX, 14, 2 es in der Lappenb. Ausgabe nach dem Bremerschen Codex heißt,

> vnde dat schal de voghet panden ute synen weren:

so ist gar kein Grund zu finden, diese ganz offenbar irrthümliche Lesart für die in allen andern Handschriften die richtige de voghet vnde de raet steht, beizubehalten, oder ihr irgend einen Werth einzuräumen. Die richtige Lesart wird auch unterstützt von 1292 M, 11, 3. 1497 C, 4, 5. Stat. Rig. 116 (Puf. III app. 261, wo das edder falsch zu sein scheint), Stat. Lub. Hach. III, 365, vgl. mit Ordel 34 Brem. d. 1433 (p. Oelr. 517) und Stat. Verd. 51 (Puf. I app. p. 95) [3]). Sonderbarer Weise fehlt das Ordel im Stad. Statut ganz.

Schließlich ist hier noch einer Vorschrift zu gedenken, die nach Sprache und Inhalt offenbar jüngeren Ursprungs ist, so wie wir ihr denn auch erst 1497 C, 3 begegnen, und deren Bedeutung jetzt in das volle Licht tritt:

---

3) Wilda S. 223 Anm. 112 ist nach diesen Allegaten zu berichtigen und zu vervollständigen. Wir hoffen von unserem Landsmanne, daß er jetzt dazu beitragen werde, meiner Ansicht von der Originalität des Hamburger Stadtrechts von 1270 auch seinerseits unter den Germanisten die gebührende Geltung zu verschaffen.

So wan eyn man drye claghet vppe gudt, vnde dat wedder-part nycht tho rechte kamet, so mach me den clegher wysen in dat gudt: welck he schal holden iar vnde dach, ys ydt vnvorghenckyck (nicht verderblich); anders mach men sulck gudt scellen, vnde holden de pennynghe.

Entreedet de beclaghede vnder der tyt syck nycht, so ys de clegher negher dat gudt to beholdende, alse yenych man afthowynnende; ydt en were, dat de beclaghede, butenlandes synde, des nich hadde weten, edder dorch nochaftyge nothsake were behyndert.

§ 9.

Fortsetzung.

Aus dem alten Pfändungsrecht wegen Schuld ergab sich auch die Nothwendigkeit, wenn man durch Urtheil und Recht von der Schuld freigesprochen war, oder wenn man sich darüber verglichen hatte, dies sofort und gehörig darthun zu können. Sonst stand man in der Gefahr, daß der Gläubiger das Pfändungsrecht wegen der längst abgeurtheilten oder erledigten, aber ursprünglich Statt gehabten Schuldforderung exercirte. Hält man diesen Gesichtspunkt nicht fest, so erscheint es unbegreiflich, warum mehrere Ordele in unserer ältesten Sammlung von 1270 sich überhaupt, und vollends in solcher Ausführlichkeit antreffen lassen. Zu diesen Ordelen rechne ich zunächst

VI, 3: So wor een man deme anderen schult gift vmme jeniger (so ist nach dem Manuscript von Placcius, dem Statut von 1497 und dem Stader zu lesen für das corrumpirte ener) hande sake, wert he van der beschedenen schult ledig vnde los gedeelet vor rechte, were it denne also, dat de man vmme desulue (so würde ich mit mehreren Manuscripten lesen) clage eme geue schult, vnde mochte de man deme men (dies Wort muß nach mehreren Manusc. hier eingefügt werden) schult geue, vullenkomen, dat he van dersuluen schult ofte van der claghe ledig vnde los gedelet were mit rechten ordelen, he ne schal dar nene not vmme liden na stad rechte.

Nur wenn der Beklagte dann beweist (vullenkomen, vgl. wegen des Ausdrucks meine Vorträge 1, 2 S. 407 und Anderson 1, 57),

soll der Kläger nicht das Pfändungsrecht ausüben dürfen nach unserem Stadtrechte [1]); es wird dies also als ein besonderes bürgerliches Privilegium angesehen. Es scheint, als wenn der Ausdruck nene nod vmme liden auf das alte Pfändungs- oder richtiger, unter Auffassung eines allgemeineren Gesichtspunktes, auf das alte Gewaltsrecht bezogen worden ist, und etwa den Sinn hat, nicht vermöge des alten Nationalrechts sich in der Nothwendigkeit befinden, sich die Selbsthülfe des Angreifers gefallen lassen zu müssen, vgl. I, 14 a. E. VI, 25, 1. VII, 17. 19. 32. XII, 12, 1. Vgl. oben zu § 1 Anm. 2 und unten § 91. 92.

Das alte Ordel findet sich wiederholt 1292 G, 3 und 1497 E, 15, und ebenso wörtlich im Stad. Statut V, 3 (Puf. I app. p. 191) Rig. 59 (Puf. III app. p. 242) und Lub. Hach. III, 298.

Wir haben noch VII, 11 ein anderes altes Ordel, das man auch 1292 H, 9. 1497 E, 17. Stad. Stat. VII, 8 (Puf. I app. p. 211). Rig. 94 § 2 (Puf. III app. p. 283) Lub. Hach. III, 336 antrifft, und das ganz dieselbe Vorschrift enthalten würde, wenn man in den Worten dieses letzteren Ordels

he schall to rechte ledich wesen

nicht das unterscheidende Merkmal annehmen wollte, so daß dieses Ordel auf das gerichtliche Verfahren, auf die gerichtliche Freisprechung, das andere auf das alte aussergerichtliche Pfändungsrecht zu beziehen ist. Darin, daß ausser im Rigischen Statut das Ordel VII, 11 speciell von einer Klage, dat geschen is buten desser stad, redet, kann der Unterschied der beiden Ordele nicht gefunden werden, weil das Ordel VI, 3 ganz allgemein lautet, also sowohl die binnen der Stadt als ausserhalb derselben contrahirten Schulden begreift, auch nicht abzusehen ist, wie der Umstand einen Unterschied begründen könnte. Es ist deshalb auch wohl jener Zusatz im Rigischen Statut weggeblieben.

Uebrigens läßt sich darin, daß der Vergleich bewiesen werden soll, nicht die alte Germanische Sitte verkennen, wonach bei Abschließung von Verträgen, so wie bei der Bezahlung von Schulden Zeugen zugezogen werden mußten, vgl. die Stellen bei Rogge Gerichtswesen S. 106, und daher heißt es denn auch

---

1) Dieser letztere Zusatz findet sich nur in unserem Statut von 1270.

1270 VI, 4, welches Ordel auch 1292 G, 4 und 1497 E, 16 Stat. Stad. V, 4 (Puf. I app. p. 191) Rig. 60 (Puf. III. app. p. 242) Lub. Hach. III, 299 vorkommt, es sei ein besonderes Stadtrecht bei uns, daß de satte sone durch einen Eid bewiesen [2]) werden könne. Im Stader Statut findet sich die Vorschrift dahin ausgedehnt, daß sie zu beweisen sei mit tween goden mannen van beyden siden, de over der sone hebbet gewesen, und dort wird es denn freilich nicht als besonderes Stadtrecht bezeichnet. Auch ist noch das zu bemerken, daß dies Ordel von der Sühne wegen Verbrechen zu verstehen ist, wo die Sühne nur dann dasselbe tilgt, wenn sie mit des Vogts und des Raths Willen geschehen ist. Dies bezeichnet die Glosse zu 1497 mit Recht als Altsächsisches Recht, und erzählt dazu einen frappanten Fall, wiewohl das Citat Speculum 1, 62 unrichtig ist. —

Zu den bisher erwähnten Ordelen möchte ich noch eine Bestimmung hinzufügen, welche zuerst 1292 G, 27 und ausserdem 1497 L, 14, aber meines Wissens sonst nicht vorkommt:

> were een man deme anderen gheld schuldich, vnde dat gheld demeghenen betalede, deme he it schuldich were, also dat he myd ener noghe uan eme ginghe, vnde worde he darna claghaftig vor richte darvmme, also dat he eme to luttich ghegheuen hadde: wil de andere denne dat in den hilgen sweren, dat he eme uul ghegheuen hebbe, so en darf he dar nyne noet uorder vmme lyden.

Es wäre für uns unerklärlich, daß wer eine Schuld fordert, ungeachtet er einräumt, der Andere habe bezahlt, und er sei mit einer noghe, der Erklärung, befriedigt zu sein, von ihm gegangen, dennoch so vortheilhaft gestellt ist, daß der Andere schwören soll, wenn jener zu wenig bekommen hat. Nur wenn man von der Liquidität der ursprünglichen Forderung, und von dem dazu gehörigen Recht der Selbstpfändung ausgeht, fällt hier alles Auffallende weg, und es erscheint sogar als eine Begünstigung des Rechts der Gewehre, daß dem Schuldner gestattet ist, mit dem Eide die Pfändung abzuwehren, was sich nur aus den besonderen

---

2) Ich glaube mich nicht zu irren, wenn ich hier tughen (vgl. unten § 88 zu VI, 26) so übersetze. Vgl. dagegen über den abweichenden Sprachgebrauch meine Vorträge I, 2, 360.

Umständen des Falles erklärt. Es ist dabei werth beachtet zu werden, daß die Vorschrift erst später in das Statut von 1292 eingetragen, und 1605 II, 1, 7 beibehalten ist. Der letztere Umstand läßt sich nur daraus erklären, daß wir hier einen Ueberrest eines alten National-Vorurtheils vor uns haben, der sich trotz des Eindringens des Römischen Rechts behauptet hat (vgl. 1605 1, 24, bekanntlich auch auf Quittungen angewandt).

§ 10.

Fortsetzung.

Es scheint mir bisher noch gar nicht, oder doch nicht genug beachtet zu sein, daß noch eine andere, in der That sonst sinnlose oder mindestens willkürliche Förmlichkeit sich nur aus dem alten Selbstpfändungsrecht wegen Schuld erklärt. Wenn man nämlich sich fragen muß, warum werden bei einer unstreitigen Schuldforderung, die ein Bürger an den andern hat, noch alle drei Sächsischen Fristen (vgl. Sachsensp. 1, 70, 2) in den Statuten von 1270, 1292 und 1497, die sich sogar bis auf die neuste Zeit herab wenigstens theilweise erhalten haben, beobachtet, warum ist es 1270 IX, 14, 2 (vgl. die Stelle oben § 8 a. E.) so feierlich eingeschärft, daß bei solchen gerichtlichen Klagen selbst die Wetten erst dann mittelst Pfändung durch Vogt und Rath beigetrieben werden dürfen, nachdem die drei Fristen von 14 und 8 Tagen und 24 Stunden expirirt sind, warum machte man mit dem Bürger nicht eben denselben kurzen Proceß, wie zwischen anwesenden Fremden, oder Bürgern und solchen Fremden [1]), zumal da sich ein solches beschleunigtes Verfahren bei unstreitigen Schuldforderungen auch praktisch so sehr empfahl: so kann man dies Alles nur eben damit erklären, womit ich die weitläufige, § 8 im A. besprochene Procedur bei verbotenen Bauten zu erläutern gesucht habe. Man wagte den Behörden noch nicht so unbedingt

---

1) Daß gast nicht jeder Fremde, sondern nur derjenige Fremdling ist, welcher sich hier aufhält, ist von mir nachgewiesen in meinem Schreiben an Herrn Professor Falck, Competenzfragen betreffend. Zu einer Zusammenstellung über das Recht der Gäste in Hamburg, welche ihr besonderes Interesse auch noch für die Vergleichung mit der gegenwärtigen Zeit haben dürfte, giebt Göschen über das Goslarsche Statut S. 519 Veranlassung.

das Pfändungsrecht in die Hände zu geben, aus Besorgniß, dem allgemeinen Volksvorurtheil zu sehr in den Weg zu treten, und dies Vorurtheil machte sich in diesen alten Ordeln gehörig geltend. Sonst würde auch noch der Umstand nicht wohl begreiflich sein, daß das Ordel von 1270 IX, 14, 2 nicht etwa dem Vogt und Rath die Macht ertheilt, nach Ablauf der besagten Fristen die Pfändung wegen der Schuld selbst vorzunehmen, sondern vielmehr dies gar nicht ausdrücklich ausspricht, und nur ihre Gewalt grade ebenso weit, als bisher das Selbstpfändungsrecht ging, anerkennt, nämlich die eigene Forderung aus den verfallenen Wetten geltend zu machen. Denn das dat läßt sich nur auf die zwei Wetten, jede von 4 Schillingen, beziehen. Ebenso vorsichtig sprechen sich zwei andere hierher gehörige Ordele von 1270 aus. Das eine ist bereits § 8 med. umständlich erörtert, nämlich IX, 6, zu welcher Erörterung hier nur noch hinzuzufügen ist, daß auch hier die Vorsicht im Ausdruck merkwürdig erscheint. Nachdem nämlich die dreimalige Vorladung vor Gericht erfolglos geblieben war, und der Vogt nicht zu den Wehren des Vorgeladenen zu gehen sich entschließen kann, dann soll der Rath den Mann besenden, und dazu zwingen, daß er nun sofort (all to Hand) gebe Pfenninge oder Pfand; er soll also auch dann noch kein schonendes Mittel unversucht lassen, und sich darauf beschränken, den Mann zu einer freiwilligen Zahlung oder Satzung zu veranlassen.

Ebenso behutsam heißt es nun auch in der zweiten hier zu besprechenden Stelle in dem Ordel IX, 5, welche um so wichtiger ist, da sie anstatt des nicht einmal so weit gehenden Sachsenspiegels 3, 39, 3 bei uns sich und fast unverändert auch 1292 M, 4 und 1497 C, 1 Stat. Rig. 108 (Puf. III app. p. 258) und Stat. Lub. Hach III, 356 erhalten hat, wogegen sie in dem den übrigen Theil dieses Ordels enthaltenden Stad. Stat. VI, 1 (Puf. I app. p. 199 [1])) fehlt:

---

1) Man kann die bereits oft wiederholte Bemerkung nicht unterdrücken, daß das Stader Statut hier offenbar nur als ein Excerpt aus dem Hamburger, und deshalb eben jünger erscheint.

Wert en man dree werue voreboden, vnde ne kumpt he nicht vore, de voghet vnde de rad scholen to sinen weren gan, vnde panden daruth XII schillinge, vnde scholen dar en bouen deme manne rechtes helpen.

Wie wenig sich aber selbst dies alte Ordel vermochte gegen die alten Vorurtheile geltend zu machen, beweist sich aus der Glosse zu 1497 C, 1 bei diesen Worten, wo der Glossator darüber klagt, daß dies nicht der Fall gewesen, sondern, wie er es bezeichnet, es misbräuchlich geschehen sei, daß man nach der Auspfändung der Brüche (welcher Ausdruck bei uns oft mit Wetten verwechselt wird) erst wegen der eingeklagten Schuld selbst den Beklagten zum Beweise vorfordert, ehe man mit der Pfändung wegen der Schuld verfährt, oder, wie ich sagen möchte, zu verfahren wagt. Ja selbst eine Stelle, die sich zuerst 1497 C, 2, 2 findet, beurkundet noch das alte ursprüngliche Selbstpfändungsrecht. Denn auch da noch bedient man sich keiner pertinenten Worte, sondern es heißt, wenn der Kläger keinen Zeugenbeweis führt, und auch der Beklagte nicht schwört,

> so schal men deme clegere beredynge don myt panden ofte pennynghen.

Wir ersehen dabei aus der Glosse zu dieser Stelle, daß es „Sitte und Gewohnheit dieser Stadt" damals geworden war, daß man den Ungehorsamen nicht blos wegen jedes Ungehorsams 4 Schill., also wegen des dreifachen 12 Schill. wettete, sondern 16 Schill., nämlich noch 4 Schill.,

> der haluen dat men dat recht sendet tho den weren.

Es scheint mir dies nicht genau aufgefaßt. Um gewissermaaßen das Gericht zu legitimiren, daß es zu den Gewehren ging, und dort die Pfändungsprocedur vornahm, damit dem Kläger zu seinem Anspruch verholfen wurde, gestattete die Gewohnheit noch eine Wette von 4 Schill., und damit das Recht, dieser eigenen Forderung des Gerichts wegen die Selbstpfändung vorzunehmen. So wenig konnte man sich selbst 1497 dazu entschließen, dem Bürger das Selbstpfändungsrecht wegen Schuld aus den Händen zu nehmen, und die Befugniß des Vogts und Rathes, den Bürger dabei zu vertreten, statt seiner das ihm zu-

stehende Recht auszuüben, ausdrücklich und ohne Weiteres anzuerkennen.

§ 11.

2. Wegen Zinsen.

Nach der Selbstpfändung wegen Schuld, von der wir bisher die einzelnen Spuren in unseren alten Statuten aufgesucht haben, erörtert Wilda a. a. O. S. 209 ff. dieses Recht in Beziehung auf Zinsen, mit welchen er Rente oder Erbzins und Miethe oder Jahrzins zusammenstellt. Es ist für uns kein Grund vorhanden, diese Zusammenstellung zu verlassen, zumal da Erbzins und Hauer auch bei uns sich zusammengestellt findet, vgl. Statut von 1292 C, 30 1497 H, 5 und die Glosse zu der letzteren Stelle p. Lapp. 248. Der Grund, warum den Gläubigern für diese Gegenstände das Selbstpfändungsrecht eingeräumt wurde, wird von Wilda S. 217 ff. und namentlich S. 222 in der Liquidität und in der Dringlichkeit dieser Ansprüche gefunden, und Albrecht, welcher das Recht von dem Recht der Gewehre ableitete, danach berichtigt. Mir scheint es aus der ganzen Art und Weise, wie das Pfändungsrecht wegen dieser Forderungen in unserem ältesten Statute auftritt, unzweifelhaft, daß es ein ursprüngliches allgemein unbestrittenes war, und daß es nicht etwa darum Ausnahmsweise anerkannt sei, weil man dem Gewehrsberechtigten einräumte, in dieser Art seine Gewehre geltend zu machen, sondern daß man es um so weniger gewagt hat, ihn legislativ zu beschränken, weil hier das Recht der Selbsthülfe mit dem Recht der Gewehre zusammenkam, und nicht etwa, wie sonst, in Contact gerieth. Ich hoffe für diese Auffassung aus unseren alten Statuten mehrere Beweise liefern zu können, so daß auch dieser Theil unserer Untersuchung für das Studium des allgemeinen Germanischen Rechts wird als fruchtbringend betrachtet werden können.

Die erste Stelle unseres Statuts von 1270, die hier in Betracht kommt, wenn wir zuerst den Erbzins [1]) ins Auge fassen, steht II, 3, und lautet so:

---

1) Vom Erbzins überhaupt vgl. Donandt Gesch. d. Bremischen Stadtrechts 2, 30 ff., Albrecht die Gewehre S. 157 ff., Göschen

So welk man uppe eruetynse sit, vnde en gift he nicht synen eruetyns to siner beschedenen tyd, vnde beclaget men ene darvmme, so schal he den eruetyns twyschat geuen. Vnde he schal eme dachdingen 14 nacht, vnde gift he en denne nicht, so steit it an deme, des de tyns is, ofte he en daraff dryuen will ofte besitten laten. Es scheint mir dies der nach den besten Handschriften emendirte Text zu sein, der auch nicht wesentlich weder von Lappenberg S. 13 noch Anderson S. 41 abweicht. Bemerkenswerth ist es hier, daß der Sachsenspiegel I, 54, 2 auch bei dem Verhältniß des Gutsherrn, der seinem Hintersassen ein Grundstück gegen Zins überlassen hat, das Princip doppelter Zahlung anerkannt, aber grade diejenigen Bestimmungen nicht hat, welche für den Gegenstand unseres Vortrages besonders erheblich sind, weil in ihnen das alte, übrigens für dies Erbzinsverhältniß von Albrecht die Gewehre S. 159 Anm. 370 anerkannte, eigenmächtige Pfändungsrecht recht deutlich hervortritt.

Das alte Ordel hat sich, um dies vorweg zu erinnern 1292 D, 3 und 1497 H, 3 unverändert erhalten, ist 1605 weggelassen, fehlt im Stader Statut, findet sich dagegen Rig. 24 (Puf. III app. p. 232) und Hach. Lub. III, 266 [2]).

Noch sind vorweg die verschiedenen Ueberschriften zu beachten. Im Lübischen Cod. Hach. III heißt sie so: Van tynse vt to gheuende. Im Register zu 1292 (vgl. Lapp. S. 91): Beclagheden eruetins scal man twiscat betalen. Im Register zu 1497

---

zum Gosl. Statut S. 228 ff., Gries Commentar 1, 264. Der von Göschen S. 235 erwähnte Wortzins census arearum ist unser Wurdezins 1270 II, 2 und liber resign. 169, 17 (vgl. Reimarus S. 455) von Wurde, area, Platz, vgl. Gries a. a. O. S. 264. Area heißt nämlich jeder Platz, nicht blos Bauplatz, wie Herr Dr. Reimarus in unserer hiesigen Zeitschr. 1, 451 meint. Man würde doch einen Bauplatz nicht miethen, 7, 8. 11. 8, 1. Auch wird von area 158, 7 gesagt, dicitur vulgo Garde (Garten). Es ist im Allgemeinen Dasselbe, was 1292 C, 34 stad genannt wird. So wird area definirt als locus sine aedificio in urbe l. 211 D. de V. S. (50, 16).

2) Vergleichungen des Ordels mit dem Lub. Hach. I, 87. II, 121 s. bei Lapp. Vorrede zu den Hamb. R. A. S. LX. Andere Rechte werden damit verglichen bei Albrecht S. 159 Anm. 370.

(vgl. Lapp. S. 175): wo me cruetinß dubbelt dachdingen, vnde den de nicht geldet entsetten moghe. Aber 1270 hat die sonderbare, offenbar jüngere Ueberschrift: wo een man hure geuen schal van cruetynse (vgl. Anderson S. 12 Lappenb. S. 13). Vielleicht hängt dieser Ausdruck mit dem im ältesten Resignationsbuche mehrmals vorkommenden conduxit iure haereditario zusammen 85, 11. 103, 15. 128, 22. 133, 13, von welcher Erbpacht die Zeitpacht zu unterscheiden ist, die ebenfalls in jenem Buche sich antreffen läßt 7, 8, 11. 8, 1. Sonst wird bei uns Zins nur von Erbzins, census haereditarius, später (vgl. Reimarus S. 452) redditus übersetzt, gebraucht, nicht wie im Goslar. Statut auch von Hauszins oder Miethe, vgl. Göschen zum Gosl. Stadtr. S. 225 a. E. 236 und 408 [3]).

Wenn man nun auch frühzeitig den Erbzins als eine Erbpacht, als ein Mietheverhältniß aufgefaßt haben mag, und es sich somit rechtfertigen läßt, daß Wilda Miethe und Erbzins zusammenstellt: so muß man doch darin Göschen S. 408. 9 beistimmen, daß das Pfändungsrecht des Vermiethers nicht, wie Wilda (vgl. S. 211 Anm. 92) meint, das ältere Recht gewesen, dem das des Rentengläubigers nur nachgebildet worden. Denn theils läßt sich nicht nachweisen, daß man das Verhältniß des Letzteren ursprünglich als eine Miethe aufgefaßt habe, theils erscheint das Pfändungsrecht in unseren Statuten völlig gleichzeitig mit dem Pfändungsrecht des Vermiethers, theils tritt es ganz selbstständig und mit dem Letztern in keiner wesentlichen Hinsicht analog auf, theils endlich beweist, wie auch Göschen S. 409 erinnert, die Form der Pfändung des Rentengläubigers selbst, daß dabei an eine Nachahmung des Mietheverhältnisses gar nicht gedacht sein kann. Denn wenn freilich das Pfändungsrecht auch hier allerdings sehr beschränkt wird, und keineswegs sogleich geltend gemacht werden darf, sobald der Erbzins fällig ist; sondern unser Stadtrecht hier mit dem Sachsenspiegel 1, 54, 2 übereintrifft, indem dann zuerst das Präjudiz für den Rentenschuldner, für den Eigenthümer des Grundstücks, entsteht, daß er

---

3) Eben wegen dieses gemischten Sprachgebrauchs in dem jüngeren Gosl. Statut halte ich die Ueberschrift von 1270 für jünger.

den Erbzins sofort zweimal geben muß[4]) (worüber die Langenbeckische Glosse B zu 1497 H, 3 einen interessanten praktischen Grund nachweist) und ferner noch dem Schuldner eine Frist von vierzehn Tagen gelassen werden muß: so ist es doch ganz eigenthümlich und ausser dem alten Selbstpfändungsrecht nur aus der Natur des dem Grundbesitz anklebenden Erbzins erklärbar, daß alsdann das Pfändungsrecht des Zinsgläubigers darin besteht, ohne weitere richterliche Hülfe den Besitzer aus dem Eigenthum zu vertreiben (vgl. Albrecht die Gewehr S. 159 Anm. 370 sub 3). Auch bin ich mit Göschen der Meinung, daß der Zinsberechtigte alsdann wirklich der Gewehrberechtigte in Hinsicht auf das Grundstück wird, und zwar ohne weitere Proceduren, in welcher letzteren Beziehung wir denn allerdings wiederum einer Aehnlichkeit mit den Wirkungen des Pfändungsrechts des Vermiethers begegnen (§ 12). Uebrigens läßt sich von unserem Stadtrecht nicht so eigentlich sagen, was Göschen S. 408 zu Anm. 3 besonders hervorhebt, daß in Ansehung des Wort- oder, wie wir sagen müssen, Wurdenzins nirgends einer Pfändung gedacht sei. Denn nicht nur daß auch das Miethe-verhältniß in Ansehung einer Wurde nicht von dem eines Hauses oder Gartens unterschieden wird vgl. 1270 VI, 17; sondern nachdem daselbst II, 2 des Wurdenzinses ausdrücklich als eines Erbzinses gedacht wird, so folgt eben unsere Stelle II, 3 allgemein von Erbzins, also auch von Wurdenzins[5]). Wenn übrigens II, 2 speciell von diesem gesagt wird, daß er ohne Zustimmung des Schuldners nicht habe veräussert werden dürfen: so scheint der Grund davon eben in der eigenthümlichen Procedur gefunden werden zu müssen, die den säumigen Schuldner traf,

---

4) Vgl. Albrecht S. 159 Anm. 370 sub 2. Wilda S. 223 Anm. 112 und Donandt S. 324 Anm. 32. Der Letztere räumt übrigens freilich ein, S. 323 Anm. 30, daß die Pfändung habe hier in einem besonderen Falle ausserg erichtlich geschehen können; allein sonst läßt sich in vieler Hinsicht seiner dortigen Darstellung der alten Rechtsverhältnisse nicht durchaus beipflichten, wogegen, wie oben erwähnt, Albrecht schon ohne Weiteres das Selbstpfändungsrecht anerkennt.

5) Das Rigische Recht bei Oelrichs hat daher auch unsere Vorschrift II, 3 speciell für Wortzins, vgl. Wilda S. 223 Anm. 113.

und eben weil dieser Grund nicht blos beim Wurdenzins, sondern bei jedem Erbzins zutrifft, so scheint II, 2 eine Bestimmung für jeden Erbzins zu enthalten [6]).

§ 12.

3. Wegen Miethe.

Interessanter für meine Zuhörer wird die Materie sein, zu der wir uns jetzt wenden, weil sich ihr ein Interesse abgewinnen läßt, welches noch für unsere gegenwärtige Zeit praktisch anwendbar bleibt. Das Pfändungsrecht des Vermiethers findet sich dreimal in unseren Statuten von 1270 erwähnt. Es hat sich zwar nicht in seiner ursprünglichen Gestalt länger als 1605, aber doch so lange erhalten, und hat nur dem Einflusse des Römischen Rechts weichen müssen, welchem das Recht der Selbsthülfe in dem Altgermanischen Umfange fremd war und das nur ein, wiederum dem Deutschen Rechte ganz fremdes stillschweigendes Pfandrecht des Vermiethers an Illaten kennt. Wilda S. 222 ff. erklärt die lange Geltung und Beibehaltung des Selbstpfändungsrechts des Vermiethers aus drei Umständen. Theils war auch dieser Anspruch liquid, der Vermiether konnte seine Forderung mit seinem Eide auch bei uns erhärten 1270 VI, 17 (1276 VI, 25. 1292 C, 17, wo aber dieses Eidrecht auf ein Jahr Hauer beschränkt wird, 1497 G, 15. 1603. I, 34, 14. Stat. Stad. V, 16 (Puf. I app. p. 195) Stat. Rig. 74 (Puf. III app. p. 247) Cod. Lub. Hach. III, 312 (wo aber offenbar IIII guldene schult ein Schreibfehler ist für verguldene, die Einrede der Zahlung). Vgl. Wilda S. 222 Anm. 110 und

---

6) Albrecht scheint S. 159 Anm. 366 Erbzins, Wortzins und das im Lübischen Recht vorkommende Wort Wikbelde als Synonyme zu betrachten, und giebt S. 174 ff. von Wortzins und Wikbelde etymologische Nachweisungen, wodurch zwar ihr ursprünglicher, aber nicht ihr praktischer Unterschied eingeräumt zu werden scheint. Ich bin der Ansicht, daß ein Wurdezins bei uns, eben weil er speciell auf dem Platze haftete, sich nur dann auch auf das Gebäude erstreckte, welches auf diesem Platze stand, wenn die Gewehr daran mit übertragen war. In unserem ältesten Stadterbebuche finden sich Fälle, wo nur der Zins an der area resignirt ward, und wiederum andere Fälle, wo der Erbzins andere Grundstücke betraf.

Göschen S. 180 und 227. Theils war prompte Zahlung dem Miethsmanne ausdrücklich vorgeschrieben, vgl. das gleich zu erörternde Ordel 1270 I, 9 Wilda S. 223 Anm. 112. Theils machte sich hier das untergeordnete Verhältniß des s. g. kleinen Mannes gegen den erbgesessenen Vollbürger geltend, vgl. Wilda S. 224, welches noch jetzt bemerklich ist, indem dem Hausherrn durch Sitte und Gewohnheit eine, unstreitig in einem alten Rechtsgefühl wurzelnde Art von Autorität stillschweigend eingeräumt zu werden pflegt. Nächst diesen Wildaschen Argumenten dürfen wir für Hamburg nicht übersehen, daß dem alten Pfändungsrecht des Hausherrn auch in einem gewissen Sinne das Römische Recht nicht widerstrebte, so wie abgesehen von der Intervention der Gerichtshülfe das stillschweigende Römische Pfandrecht dem Germanischen Pfändungsrecht des Vermiethers im Effect ziemlich gleich oder wenigstens nahe kam. Ueberhaupt darf es uns nicht Wunder nehmen, wenn sich hier zwischen dem Germanischen und Römischen Recht in so fern eine Aehnlichkeit findet, daß Beide dem Vermiether ein Recht auf die Illaten einräumen, wie verschieden es sich auch hier und dort in dem Umfang und in der Anwendung gestaltet. Wo Menschen in Städten zusammen wohnen, da bringt es das Verhältniß zwischen Hausherrn und Miethling, ja das Verhältniß des Hauses zu Dritten von selbst mit sich, dem Hausherrn für seine Miethe, für diese Früchte seines Grundstücks, eine Sicherung zu gewähren, weshalb das Recht diese Sicherung nothwendig berücksichtigen muß, wie denn auch Neratius l. 4 pr. D. in quibus causis (20, 2) von dem bei städtischen Grundstücken singulären Pfandrecht an den Illaten sagt: Eo iure utimur. Justinian fand diesen Gebrauch so praktisch, daß er ihn mittelst einer ausdrücklichen Constitution (l. 7 C. in quibus causis (8, 15)) auch in den Provinzen des Kaiserreichs einführte.

§ 16.

Fortsetzung.

Die erste Stelle unseres ältesten Statuts, die hier wiederum erwähnt werden muß, ist die bereits (§ 12) allegirte 1270 I, 9 [1])

1) Einerseits erkennt Lapp. Vorr. zu den Hamb. R. A. I S. LXVIII an, daß dieser Artikel I, 9 keiner bekannten Quelle entlehnt sei,

So we syn erue vorhuret, id sy an husen, id sy an garden, so we dat huret, de schal sine hure geuen to rechter tyt. Beclaget men eme darvmme, so schal he de hure geuen bynnen dwernacht. Is it ok also, dat he uth deme huse varet, sunder synes Husheren orloff, den broke schal he beteren mit dreen punden. Darto schal he de hure geuen ouer dwernacht. Is it auer also, dat he mit orloff sines husheren uth varet, so schal men eme dachdingen ouer XIIII nacht, lik anderen gelde. Varet auer de man ut der stad hemeliken, so is de hushere neger to beholdende vor sine hushure so wat he in den weren vind, danne it eme jenich man aftowynnende sy.

Es scheint bei Vergleichung der werthvollsten Handschriften, daß der obige Text der ursprüngliche und älteste gewesen ist, so weit es hier die wesentlichsten Varianten betrifft, vgl. Anderson S. 32 und Lappenberg S. 5. Ich kann auch hier nicht umhin, den Lesarten der von Lappenberg S. LXXXIX als die wichtigste beschriebenen Handschrift in unserem Stadtarchiv nicht den Preis des Alterthums oder mindestens der höchsten Correctheit zuzuerkennen. Das alte Ordel findet sich auch 1276 I, 10. 1292 C, 5. 1497 G, 14. Stat. Stad. I, 5 (Puf. I app. p. 172) Stat. Rig. 8 (Puf. III app. p. 226) Stat. Verd. 10 (Puf. I app. p. 81) Stat. Brem. d. 1303 ord. 70 (Oelr. p. 105) 1428 2, 35 (Oelr. p. 357) d. 1433 Stat. 47 (Oelr. p. 470 Puf. II app. p. 50). Cod. Lub. Hach. III, 250 § 2.

Unter den erheblichsten Varianten hebe ich hier folgende hervor:

Rig. hat im Anfange den Zusatz vordoet ader vorhuret idt sy an ꝛc. Er findet sich in keinem Manuscripte eines der andern Statute. Ich wage nicht zu entscheiden, ob wir hier in der Erweiterung des Miethecontracts auf andere Einräumungen eines Hauses oder Gartens altem Rechte begegnen, und muß dies dem Scharfsinne meiner Zuhörer überlassen.

---

allein wenn er meint, daß er an Römisches Recht mahne, und von einem stillschweigenden Pfandrecht redet, das hier dem Vermiether eingeräumt sei, so muß ihm in beider Beziehung widersprochen werden. Die genauere Verfolgung unserer inneren Rechtsgeschichte ergiebt, daß sich hier vom Römischen Rechte und stillschweigenden Pfandrechte nicht eine Spur annehmen läßt.

Nach Garden hat Stat. Stad.: the scal theme anderen lesten that he eme lovet vnde the that huret ꝛc. Kein anderes Statut hat dies offenbare Glossem, das von einem, der alten Sprache Unkundigen herrührt, der den Nachsatz vermißte, wiewohl dies und besonders im Anfange eines Ordels öfter vorkommt. Verd. Stat. hat noch am Schlusse des Ordels den Zusatz, daß es so auch, nämlich so wie beim heimlichen Ausfahren aus der Stadt, gehalten werden soll, wenn Jemand verstirbt, der Hauer schuldigt. Dies entspricht völlig dem alten Concursrecht, das das heimliche Entfliehen und den Tod gleichstellt, und nur in diesen beiden Fällen ein Concursverfahren kennt. Vgl. oben § 7 Anm. 1 und 3.

Einige Lübische Handschriften (vgl. Hach. S. 464) haben ferner am Ende den Zusatz: Wenn noch Gut auf der Were bleibt, so soll dies dem Gotteshause oder der Stadt haften. Bleibt noch mehr Gut, nachdem die Hausmiethe bezahlt ist, das sollen die Schuldner (Gläubiger) theilen na marktalen, das ist zu verstehen, wenn sie es tuegen können na dode efte na wikniffe. Man kann hier namentlich daran das spätere Recht nicht verkennen, daß den geistlichen und weltlichen Abgaben ein Vorzugsrecht vor den übrigen Schuldforderungen zugestanden wird.

Unsere hiesigen Statute fügen 1292 und 1497 am Schlusse hinzu:

also vele also eme boret oppe dhe tidt.

Dagegen hat nur Brem.:

vor sine hure to enen haluen iare.

Donandt Gesch. d. Brem. Stadtr. 2, 353 Anm. 4 allegirt mehrere Stadtrechte, welche das Recht des Hausherrn auf die Miethe eines Jahres beschränkten, und zwar weil in jenen Städten in der Regel auf ein Jahr gemiethet worden sei, während dies in Bremen gewöhnlich auf ein halbes Jahr geschah. Vgl. Wilda S. 222 Anm. 110 und oben § 12. Aber wenn Donandt dies Recht des Hausherrn aus dessen Besitz folgert, so paßt ein solches Argument schon darum nicht, weil unser Germanisches Recht dem Besitz keine rechtliche Consequenzen einräumt, ihn also nicht als ein Recht anerkannte (vgl. § 49 ff.).

Das Lübische Statut schließt mit den Worten:

Wente dhat is vor syne rechte hure,

und so lesen auch mehrere Hamburgische Manuscripte, vgl. Lappenberg S. 6, wogegen das erwähnte Manuscript unseres Stadtarchivs den sinnlosen Zusatz hat vor syne hure, das nichts als eine leere Wiederholung ist. Der Lübische Zusatz ist ebenfalls überflüssig.

§ 14.

Fortsetzung.

Aber bei Weitem die wichtigste Variante habe ich bis zuletzt verschoben.

In dem Manuscripte des Stadtarchivs heißt es nämlich nach den Worten: wat he in den weren vind, dat deme manne tohoret. Eine werthvolle Göttinger Handschrift (C bei Lapp. S. XCII): dat deme tohoret de vtgheuaren is. Drei Handschriften lesen dafür: dat des mannes sy. Vier, zum Theil sehr gute haben weder den einen noch den andern Zusatz. Es ist zu bemerken, daß 1276 I, 10 p. Anderson. 157 und Rig. den Zusatz dat des mannes sy an das Ende des Ordels setzen. Dagegen steht er 1292 C, 5 und 1497 G, 14 schon in den Contert an die erwähnte Stelle hineingerückt, und ebenso im Stad., Verd., Brem. und Lüb. Statut.

Darüber dürfte hier wenigstens kein Zweifel obwalten, daß dieser wichtige Satz in der Form, wie er sich in den Handschriften des Stadtarchivs und der Göttinger Bibliothek findet, nicht ursprünglich, sondern nur ein Glossem ist. Weit wichtiger ist aber die Untersuchung, ob der Satz überhaupt ein späteres Emblem oder Einschiebsel oder ursprünglich ist, und daher das eigentliche, und somit das unveränderte Recht enthält.

Da er, wie erwähnt, im Stadtrecht von 1276 und im Rigischen, so wie auch in unseren Statuten von 1292 und 1497 (abgesehen von dem dort singulären, bereits § 13 erwähnten Zusatz) am Ende des Ordels steht, so läßt es sich allerdings annehmen, daß er ein berichtigender, späterer Zusatz ist, wobei man freilich noch nichts weiter einräumt, da das alte Ordel in seiner ursprünglichen Fassung ihn absichtslos weggelassen haben kann. Man wird dabei leicht auf den Gedanken kommen, dasselbe etwa

auch im neusten Statut von 1605 anzunehmen. Hier ist da, wo von dem Verhältniß des Vermiethers zu andern Pfandgläubigern die Rede ist, nämlich II, 5, 4, blos von dem Recht „in der eingebrachten fahrenden Hab, Wahren und Gütern," dagegen an der Stelle, wo das Pfandrecht an den Illaten angeordnet wird, nämlich II, 4, 12, von Demjenigen die Rede, „was von Hausgerath oder anderer fahrender Hab ihm zugehörig darein gebracht." So ließe sich nun daraus schließen, man habe an der ersten Stelle die Bestimmung, die sich von selbst zu verstehen schien, als dort minder wesentlich hinweggelassen. Allein ich glaube, dies als einen Irrweg bezeichnen zu müssen.

Wir werden das Weitere über diesen Gegenstand besser unten § 17, wo die Exegese von 1270 VI, 15 und 16 gegeben werden muß, zusammenstellen. Hier beschränken wir uns auf die exegetischen Bemerkungen, die für unsere Stelle allein und ausschließlich erforderlich sind.

§ 15.

Fortsetzung.

Da muß es uns denn zuvörderst auffallend und unverständlich erscheinen, wenn vom Hausherrn (so heißt in unseren alten Statuten 1270 I, 9. VI, 16 der ursprüngliche [nicht der After-] Vermiether) gesagt wird, er vermiethe sein Erbe, sei es an Häusern, sei es an Gärten. Was heißt das: ein Erbe an einem Hause, an einem Garten[1])? Wir werden von dem Althamburgischen Eigenthumsrecht Mehrerer in der gegenwärtigen Reihe von Vorträgen noch ausführlich handeln, wenn wir einen interessanten, kürzlich erschienenen Aufsatz in dem Oldenburger Archiv 3, 2, 154 ff. über den Begriff des Deutschen Gesammt-Eigenthums, der neuerdings so viel doctrinären Streit veranlaßt hat, in specieller Beziehung auf Hamburg erörtern werden (§ 61). Wir müssen hier dahin verweisen. So viel ist aber festzuhalten,

---

1) So Erbzins am Erbe II, 1, wobei der Fall im ältesten lib. resign. p. 42, 19 ff. zur Erläuterung dient, indem daraus sich ergiebt, daß, falls ein Erbzins in ein Haus gegeben wird, und nichts ausdrücklich stipulirt ist, der Platz (area), wenn das Haus verbrennt, nicht mitverpfändet ist.

daß der Ausdruck Erbe an einem Hause oder Garten nicht mit Haus und Garten identisch ist.

Se we dat huret, der Häuerling, wird im Goslar. Statut 21, 29. 22, 9, vgl. Göschen S. 226, wert oder werdin genannt, wogegen noch heutiges Tages bei uns der Vermiether Hauswirth heißt.

Dwernacht ist unser modernes Quernacht, die Frist von zwei Nächten. Binnen zwei Nächten, also ehe die zweite Nacht einbricht. Eine andere Lesart, over tweer nacht, die Anderson hat, ist ungenau. Der Miethsmann soll binnen der besagten Frist, wenn er darum beklagt wird, die Miethe geben.

Nun werden drei Fälle erörtert, wo der Miethling auszieht.

Entweder er zieht aus ohne Willen des Hausherrn. Dann soll er die Brüche bessern mit drei Pfunden, und ausserdem die Hauer nach der Quernacht bezahlen. Der eigenmächtige Auszug wird als ein Vergehen, als ein Friedensbruch angesehen, und zwar bei uns selbst dann, wenn er ohne vorheriges richterliches Verbot (wir würden sagen Hauerbefehl) geschah. Anders nach Gosl. Stadtr. vgl. Göschen S. 227.

Oder der Miether zieht mit Bewilligung des Vermiethers. Wenn dieser dann wegen der Miethe klagt, so hat der Miether desfalls eben dieselbe Frist, wie bei anderen Schulden, zu genießen, nämlich 14 Tage.

Es scheint in diesen beiden Fällen nach unserem Stadtrecht kein Selbstpfändungsrecht stattnehmig gewesen zu sein, eben so wenig ursprünglich ein Recht auf die Illaten, das unseren alten Statuten bis zum 16. Jahrhundert herab überhaupt unbekannt gewesen zu sein scheint.

Oder es tritt ein dritter Fall ein. Der Miether fährt heimlich aus der Stadt. Bei schlafender Zeit fügt VI, 15 hinzu, und so kommt die Phrase auch 1, 13 vor, während ohne den Zusatz sie sich noch III, 13 und VI, 23 findet. Aus der Vergleichung unserer Stelle mit 1, 13 vermuthe ich, daß der Zusatz nichts mehr bedeutet, als die Phrase ohne denselben; denn wenn dort gesagt wird, er dürfe alsdann fahrendes Gut oder Kistenpfand nur vor zwei erbgesessenen Zeugen versetzen, so scheint dies eine Bestimmung zu sein, welche das Pfändungsrecht des Haus-

herrn für einen und den nämlichen Fall hat sichern sollen. Ich habe mich über die Phrase schon in meinen Aphorismen über Lappenberg's Urkundenbuch § 13 (Vorträge 1, 1, 178) ausgesprochen. Es mußte damals doch möglich sein, bei schlafender Zeit aus der Stadt zu ziehen, und so emphatisch die heimliche Flucht zu bezeichnen.

In einem solchen Falle trat noch das alte Selbstpfändungsrecht in seinem weitesten Umfange ein. Der Hausherr behielt für seine Miethe, was er in den Wehren findet.

Man fragt, in wessen Wehren? In denen des Hausherrn, oder in denen des Miethsmannes? Factisch trifft der Ausdruck zusammen mit dem VI, 15 so wat in dem huse blifft [1]). Unser Ausdruck umfaßt auch den Fall eines vermietheten Gartens. Es heißt aber nicht auf siner were, wie Göschen vom Gosl. Statut S. 228 bemerkt. Eben weil unser Ausdruck Beider Wehre begreift, die des Vermiethers und des Miethers, ja zunächst die letztere im Auge hat, weil sonst von einem Finden nicht wohl die Rede sein kann; so sieht man, daß Cropp's (Beiträge 2, 1, 23) Bemerkung nicht auf unsere Stelle paßt, daß jeder Eingriff in die Rechte eines Anderen, der in dem Bezirk der Wehre vollzogen sei, eine Ehrenkränkung, einen Friedensbruch enthalten habe. Nur das ist richtig, Wehre ist nicht mit Besitz identisch, es begreift das Recht, sich innerhalb der Wehr, der Befriedigung, zu vertheidigen, einen unrechtmäßigen Angriff abzuwehren, den Frieden zu vertheidigen. Wer heimlich aus der Stadt fährt, giebt dies Recht der Wehre auf, das Recht, das befriedete Lokal zu vertheidigen, und doch wird das Gut noch als in der Wehre bezeichnet, an diesem verbleibt ihm noch das Recht der Gewehr, welches von dem Lokal unabhängig ist, und überhaupt wohl von Detention unterschieden werden muß.

Aber wir erkennen darin die große Gewalt des alten Selbstpfändungsrechts, daß hier der Wehre ausdrücklich gedacht

---

1) Cropp Beitr. 2, 1, 19 meint mit Unrecht, daß eigentlich die Wehre vom Hause verschieden gewesen sei. In der Stelle des Alt-Rüdener Stadtrechts kann were der generelle Ausdruck sein, der hus als den specielleren Begriff in sich schließt, so daß die Stelle sagen würde: „in seinem Hause oder allgemein in seiner Wehre."

wird. Selbst das alte Recht der Wehre mußte sich vor dem andern in einem solchen Falle beugen. So wie es als ein arger Frevel nach alter Volkssitte angesehen wurde, sich mit Gewalt der Selbstpfändung zu entziehen (Wilda S. 243 Göschen S. 227), so war der Vermiether näher Demjenigen, was er in der Wehre fand, als irgend ein Anderer, selbst der für diese Gegenstände Gewehrberechtigte, der Miethsmann, durfte es ihm nicht mehr abgewinnen, es durfte der Vermiether, aber freilich bei uns nur noch speciell in dem erwähnten singulären Falle, das Recht der Selbstpfändung im weitesten Maaße geltend machen. Er behielt, was er in den Wehren fand Nicht etwa gerichtliche Hülfe wurde dabei requirirt. Er ging hin, und nahm, wie VI, 15 der Ausdruck lautet. Man braucht dabei nur den Ausdruck in diesen alten Ordelen zu betrachten, um sich davon zu überzeugen, daß die Albrechtsche Hypothese (vgl. oben § 1 Anm. 1) unrichtig ist, und das Selbstpfändungsrecht nicht auf dem Recht der Gewehr beruhte, sondern ganz unabhängig von diesem, und selbst demselben entgegen anerkannt wurde.

§ 16.

Fortsetzung.

Ehe wir die Materie von dem Selbstpfändungsrecht des Vermiethers für den Fall, da er keine Illaten in der Wehre mehr antraf, weiter verfolgen, wird es angemessen sein, die beiden andern Ordele, die hier in Betracht kommen, zu analysiren.

1. 1270 VI, 15:

So wor een man by slapender tydt varet ut der Stad, so wat in dem huse blift sines gudes, des schal de husbere allererst nemen de hushure, also vele he holden will uppe den hilligen, vnde so wat dar enboven is, so wor dat is, dat schölen de anderen hebben gelik, de id mit Rechten tugen mögen, vnde winnet Mark Markeliek.

Ebenso unser Statut von 1276 VI, 23. Die späteren hiesigen Statuten haben dies Ordel nicht, wonach Anderson S. 62, der hierzu 1292 G, 5 a. E., und Lapp. S. 32. der 1292 C, 5 citirt, berichtigt werden müssen. Warum es schon 1292 wegblieb, ist mir bis jetzt unbegreiflich. Man konnte freilich denjenigen

Theil, der von dem Rechte des Hausherrn handelt, bei Beibehaltung des Ordels von 1270 I, 9 überflüssig halten, aber die Vertheilung des Ueberrestes unter die übrigen Gläubiger (de anderen) findet sich nirgends vorgeschrieben, wobei es freilich auch auffällt, daß unsere Statute bis 1497 einschließlich über das Concursverfahren weiter keine Vorschriften enthalten, als etwa die Auseinandersetzung im Todesfalle ihres Gemeinschuldners zufolge 1270 III, 5 (vgl. unten § 84 und oben § 7 mit meinen gedruckten Vorträgen 1, 178). — Dagegen findet sich unser altes Ordel vollständig Stat. Stad. V, 14 (Puf. app. I, 194) Rig. 70 (Puf III app. p. 246) Verd. 148 (Puf. I app. p. 124) Brem. Ord. 99 (Puf. II app. p. 122 Oelr. p. 548) Stat. Lub. Hach. III, 310. Bremen und Verden haben den Zusatz, der mit dem Bremischen oben im § 13 erwähnten zu vergleichen ist:

holde will to einem halven Jahreschare up den Hilligen.

2. 1270 VI, 16:

So we sin gud eneme ammetmanne deit to makende, de ammetman ne mach dat gud nicht hoger versetten, denn vor sin lon. Vnde vore he ok ute der Stad, de hushere ne mach dat gud nicht hoger beholden, den dat lon is, efte wert was, dat de ammetman hebben scholde to lon.

Ebenso lautet das Ordel 1276 VI, 24. 1292 G, 14. 1497 L, 15. Stat. Stad. V, 15 (Puf. I app. p. 194) Verd. 60 (Puf. I app. p. 99) Rig. 71 (Puf. III app. p. 246) Brem. Ordel 62 (Puf. II app. p. 92. Oelr. p. 529) Cod. Lub. Hach. III, 311. Vgl. auch Stat. Goslar. Göschen pag. 24, 42 [1]).

§ 17.

Fortsetzung.

Nach diesen Ordelen wäre, wenn man es genau nimmt, das Selbstpfändungsrecht des Hausherrn noch mehr beschränkt gewesen, als nach dem Ordel 1, 9. Um dasselbe ausüben zu

---

1) Lapp. Vorr. zu den Hamb. R. A. S. LXIX hebt unseren Artikel unter den Eigenthümlichkeiten unseres ältesten Stadtrechts heraus, indem er ihn viel genügender erklärt, als den allgemeinen Ausdruck des Lübischen Rechts, Cod. Hach. II, 193.

dürfen, genügte es nicht, daß der Miethsmann heimlich die Stadt verlassen hatte, sondern er mußte auch guten Leuten ihr Gut mit entführt haben. Es ist vielleicht möglich, daß einer von den mir (vgl. § 16) unbegreiflichen Gründen, warum man schon 1292 das Ordel VI, 15 wegließ, darin eben gesucht werden muß, daß man das Selbstpfändungsrecht nicht an die zweite Bedingung zu knüpfen für gut fand, und dazu das heimliche Entweichen für genügend erachtete.

Andrerseits gab aber VI, 16 dem Selbstpfändungsrechte die bestimmte Ausdehnung, daß es auch auf fremdes, dem Miethsmanne nicht zugehöriges [1]) Gut sich erstrecken konnte, aber freilich nur in dem speciellen Falle. Es wird gesagt, einem zünftigen Handwerker sei es erlaubt, das Gut, das ihm zur Verarbeitung anvertrauet worden, für den Betrag des ihm zukommenden Arbeitslohnes zu versetzen, und ebenso darf sein Hausherr, wenn der Zunftmeister heimlich die Stadt verläßt [2]), für den Betrag oder Werth jenes Arbeitslohnes das Gut behalten, d. h. sich wegen seiner Miethe daran pfänden. Es läßt sich für diese Bestimmung der Grund von zwei Gesichtspunkten aus ermitteln. Man kann in der einen Beziehung von der Ansicht ausgehen, es habe hier, und zwar gegen die 1270 bereits sichtbare Tendenz das alte Selbstpfändungsrecht begünstigt werden sollen, indem der Zunftgenosse, dem man seinen verdienten Lohn vorenthielt, in Erlangung desselben bevorzugt und geschützt worden wäre. Es war ja Sache des Bestellers, gegen Bezahlung des Lohns sein verarbeitetes Material, Tisch, Kleid, Schuh, oder was es sonst sein mochte, wieder an sich zu nehmen. Der Zunftmeister sollte,

---

1) Es muß schon hier darauf aufmerksam gemacht werden, was erst ein Gegenstand späterer Erörterung (§ 49 ff.) sein kann, daß ein eigentliches Eigenthumsrecht dem alten Deutschen Rechte in der abstracten Römischen Ausdehnung unbekannt gewesen ist, weshalb absichtlich der Ausdruck zugehörig gewählt wurde, dessen sich auch unser neustes Statut II, 4, 12 offenbar unter Bezugnahme auf den Ausdruck in 1270 I, 9: **dat deme manne tohoret** (vgl. § 14) bedient.

2) Dies ist in Vergleichung mit I, 9 und VI, 15 offenbar hier der Sinn des **voren ut der Stad**, welches sonst den Begriff der Heimlichkeit nicht in sich schließt, 1270 VII, 13, 3.

wenn der Besteller die Zahlung des Lohns unterließ oder verzögerte, dadurch wieder zu seinem Lohn gelangen dürfen, daß ihm der Versatz, die Verpfändung des verarbeiteten Materials für den Betrag des verdienten Lohns gestattet wurde. Die Beschränkung dieser Erlaubniß auf das verarbeitete Material und auf den verdienten Lohn steht zwar nicht in dem Ordel ausdrücklich ausgesprochen, könnte aber aus dem Lohn gefolgert werden, der ja erst dann zu bezahlen ist, wenn man das Material verarbeitet, und somit den Lohn wirklich verdient hat.

Es läßt sich aber jene Bestimmung noch von einem andern Standpunkte aus erklären, und ich möchte mich bei weiterer Prüfung für diesen Grund des Ordels entscheiden. Wir werden nämlich, wie bereits eben erwähnt, noch weiterhin (vgl. § 49 ff.) Gelegenheit haben, zu erörtern, daß man in unseren alten Ordelen nicht von der Voraussetzung eines abstracten Eigenthumsbegriffes ausgehen darf, sondern die Beziehung der Person zur Sache von dem Gewehrrecht abzuleiten hat. Wer eine Sache freiwillig aus seiner Wehre giebt, wird nach dem Umfange dieses seines Willens für seine ferneren Verhältnisse zu der Sache beurtheilt. In dem Falle von VI, 11 hatte der Besteller sein Material in der Art dem Handwerker zur Verfügung über die Substanz gegeben, ein gewisses Manufact daraus zu produciren. In so weit hatte also der Handwerker die Gewehr daran, und somit auch der Hauswirth desselben das Selbstpfändungsrecht.

Weiter soll denn auch dies Selbstpfändungsrecht des Vermiethers nicht gehen, das hier auffallender Weise mit dem Verpfändungsrechte des Miethsmannes auf gleiche Linie gestellt zu werden scheint, wiewohl man sich sehr hüten muß, das Pfandrecht, vollends aber das Pfandrecht des Römischen Rechts mit dem Selbstpfändungsrecht zu verwechseln, und etwa von jenem auf dieses oder von diesem auf jenes zu schließen. Es kommt aber immer darauf an, wie weit das Gewehrrecht des Miethsmannes ging. Dies ist auch von dem Falle des Ordels 1270 IX, 21 (vgl. meine gedruckten Vorträge I, 358 und unten § 19 ff.) des locus classicus von der Parömie Hand muß Hand wahren, zu sagen. Wenn dort der Entlehner oder Satzungsgläubiger das ihm anvertrauete Gut versetzen durfte, und der frühere Ge-

wehrberechtigte es von einem Dritten nicht reclamiren konnte, wenn ihm keine Criminalklage zustand; so läßt sich annehmen, daß der Vermiether, sobald der Entlehner oder Pfandgläubiger sein Miethsmann war, sich an das diesem anvertrauete Gut des Darleihers oder Pfandschuldners hat halten dürfen. Der Hausherr durfte an demjenigen Gut seines Häuerlings das Selbstpfändungsrecht ausüben, worüber dem Häuerling das Gewehrrecht in der Art zustand, daß er es sonst zu verpfänden berechtigt war. Dies trifft denn auch in dem Fall des zünftigen Handwerkers zu, welcher Fall somit keineswegs den singulären und exceptionellen Charakter behält, den die Germanisten ihm bisher beizulegen pflegten. Vielmehr bestätigt er eine allgemeine Rechtsregel des Germanischen Rechts [1]).

Es kam dabei nicht in Betracht, welche Veränderungen mit dem Gute, woran der Miether das Gewehrrecht hatte, etwa durch Kauf oder Tod eingetreten sein mögen. Hatte er vor seinem Austritt das Gut verkauft, war er etwa auf seiner Flucht verstorben, der Vermiether behielt sein Selbstpfändungsrecht. Ich erwähne dieser Fälle darum hier namentlich, weil sie in der Langenbeckischen Glosse zu 1497 G, 14 vorkommen, und dort auf allerlei Weise, theils aus der Glosse zum Sachsenspiegel, die bekanntlich bereits eine Vermischung des Römischen Rechts

---

1) Auch Donandt Gesch. des Brem. Stadtr. 2, 352 erkennt den Vorzug des Vermiethers an den Illaten vor allen übrigen Gläubigern des Miethers als Germanisch an, unter Berufung auf mehrere Citate, findet den Grund aber dieses Vorzugs in dem unmittelbaren Schutz, den der Vermiether den Sachen gewährt habe, und in dem Besitze des Vermiethers. In beider Hinsicht muß jedoch ihm widersprochen werden. Die Fassung unseres Ordels, wo nur generell auf das Finden in den Wehren Bezug genommen wird, schließt jede Berücksichtigung eines wirklichen oder fingirten Schutzes aus, und gegen ein Recht des Besitzes, welches dem Germanischen Rechte fremd ist (vgl. § 49 ff.), kann nicht entschieden genug protestirt werden, so wie denn eine besondere Begünstigung des Detentors dem Germanischen Recht so völlig widerstreitet, daß vielmehr bekanntlich der Besitzer als solcher nicht einmal vor der Ansprache wegen Duve oder Raubes so gesichert ist, um nicht seinen Warand stellen, beweisen oder mindestens schwören zu müssen.

mit Altgermanischem enthält, theils direct aus dem Römischen Recht, theils endlich aus hiesiger Rechtsgewohnheit so entschieden wird, wie ich es eben angegeben habe. Die Langenbeckische Glosse beweist hier aber eben, daß man im funfzehnten Jahrhunderte schon nicht mehr das Altgermanische Selbstpfändungsrecht des Vermiethers von dem Römischen stillschweigenden Pfandrecht desselben unterschied. Es kann uns daher denn auch gar nicht Wunder nehmen, daß hier sich im neusten Statut von 1605 der Einfluß des Römischen Rechts ganz ausschließlich geltend gemacht hat, und durch die Vermittelung der Nürnberger Reformation von 1564 [2]) die beiden Artikel 2, 4, 12 und 2, 5, 4 das stillschweigende Pfandrecht des Vermiethers ganz nach Römischem Rechte eingeführt haben, wobei auch das Ordel für den Zunftmeister 2, 9, 18 in einer nur in den äusseren Umrissen erkennbaren Gestalt noch so zu sagen mitläuft [3]).

Es ist ein offenbarer Fehler, wenn in der neusten Ausgabe des Statuts S. XLVIII das Statut von 1497 G, 14 als Quelle des Artikels von 1605 2, 5, 4 (so auch Lapp. Hamb. R. A. 1, 243) angegeben wird. Die beiden Artikel 2, 4, 12 und 2, 5, 4 treffen fast in keiner ihrer Bestimmungen mit unseren älteren Statuten zusammen, und wenn dies auch der Fall wäre, so handeln das neuere und die älteren Statute von ganz verschiedenen Rechten. Es darf das alte Germanische Selbstpfändungsrecht, das die alten Statute allein kennen, mit dem stillschweigenden Pfandrechte des Vermiethers im Römischen Recht in keiner Hinsicht identificirt werden [4]). Aus diesem Grunde ist es ein nicht zu billigendes Verfahren, wenn man die offenbar lediglich im Römischen Recht wurzelnden neuen gesetzlichen Bestimmungen aus den alten Hamburgischen Statuten zu interpre-

---

2) Vgl. auch Gries Comm. 1, 236 und 292.

3) Es scheint mir unrichtig, den neuen Artikel 2, 9, 18 nach dem alten Ordel von 1270 noch jetzt zu ergänzen, wie Gries Comm. 1, 205. 237 und 343 gethan hat, da das alte Ordel nur vom Selbstpfändungsrecht und von dem durch den Römischen Eigenthumsbegriff verdrängten Gewehrrecht verstanden werden kann.

4) Gries Comm. 1, 236 sagt daher auch mit Recht keineswegs, daß die Ordele von 1270 die Quellen des Art. 2, 4, 12 des Statuts von 1605 sind.

tiren sucht [5]). Man darf das neuere Statut, eben weil es lediglich auf Römisches Recht fußt, auch nur aus diesem ergänzen. Man wird dabei nur dann mit historischer Genauigkeit zu Werke gehen, wenn man ermittelt, was man 1605 vom Römischen Recht für eine Ansicht hatte. Diese Ansicht wird bei der Auslegung der fraglichen Gesetzesvorschriften zum Grunde gelegt werden müssen.

§ 18.

Fortsetzung. Präjudicate.

Ich will mir erlauben, an zwei Beispielen die bedeutenden, selbst für die heutige Praxis entscheidenden Folgen nachzuweisen, welche sich aus den eben aufgestellten geschichtlichen Gesichtspunkten ergeben.

Ich habe schon einmal (§ 14) daran erinnert, daß über das Object des im neusten Statut zuerst gesetzlich eingeführten stillschweigenden Pfandrechts des Vermiethers sich in den beiden hier relevanten Artikeln, nämlich 2, 4, 12 und 2, 5, 4 die Abweichung findet, daß es an dem ersteren nur auf Gegenstände, ihm zugehörig erstreckt wird, in dem letzteren dieser Zusatz fehlt. Man hat sehr häufig die Ansicht aufgestellt, das fragliche Pfandrecht könne bei uns nur an solchen Illaten exercirt werden, welche zu der Zeit, als der Miethsmann einzog, dessen Eigenthum waren. Die Praxis unserer Gerichte ist bis auf die neuste Zeit herab zwar sehr schwankend gewesen; allein die eben erwähnte Ansicht hat viele Präjudicate, sowohl der Prätur als auch des Obergerichts für sich. Es scheint, als ob hier die un-

---

5) Ein geschätzter Zuhörer machte mich auf eine interessante Monographie eines jüngeren geschickten Collegen, des Herrn Dr. Henry Gläser aufmerksam: Versuch einer Erörterung der Frage, ob das Pfandrecht des Hauswirths an dem Eingebrachten sich auch auf solche Gegenstände erstrecke, welche nicht das Eigenthum des Miethers sind? Hamb. 1841. 48 S. 8. Auf dem Wege der juristischen Hermeneutik gelangt der Verf. dieser Abhandlung fast auf dieselben Resultate, wie mein Vortrag § 18. Insbesondere ist hier hervorzuheben, daß die Worte in 2, 4, 12 „was ihm zugehörig darein gebracht" nur identisch mit „was von ihm eingebracht" genommen, und in dem Worte „zugehörig" keineswegs die Beschränkung auf Eigenthum gefunden wird.

richtige Auffassung der alten Statute, in denen man bereits das Römische Pfandrecht zu finden meinte, und daher den erwähnten Zusatz als aus den älteren Statuten herübergenommen dachte, zugleich aber auch ihn misverstand, und auf Eigenthumsrecht bezog, ebenfalls ihren Einfluß ausgeübt hat, was um so auffallender sein muß, da man dadurch zu einem praktisch so überaus prekären und unnützen Resultat kam. Will man dem Hauswirth mit dem Pfandrecht auf die Illaten wirksam helfen, so muß man möglichst alle Unterscheidungen aufheben, und dies Recht selbst auf die fremden ausdehnen, die dem Miethsmann nicht gehören, ausser wenn der Eigenthümer einer Sache zu der Zeit, da diese in das gemiethete Lokal kam, geeignete Schritte förmlich that, um das Recht des Vermiethers zu verhindern. Legislativ läßt es sich gewiß nur wünschen, daß die Sache so liegen möchte, und manche Präjudicate der neueren Zeit sind von dieser Utilitätsrücksicht vermuthlich allein veranlaßt worden [1]).

Mir scheint nun aber auch nach den bestehenden Rechten bei uns dies Recht des Vermiethers ebenso aufgefaßt werden zu müssen. Zwar sind die Worte 2, 4, 12 ihm zugehörig unstreitig vorhanden, aber, eben weil sie 2, 5, 4 nicht wiederholt werden, nicht als irgend wesentlich zu betrachten, so daß sie etwa als das Römische Recht, die Quelle dieses Rechtsinstituts überhaupt, abändernd aufzufassen wären. Dem Römischen Rechte nach steht dem Vermiether eines praedium urbanum ein gesetzliches

---

1) In der Praxis hat man sich schon mit den wunderbarsten Distinctionen zu helfen gesucht. So unterschied ein Prätor zwischen gewöhnlichen und aussergewöhnlichen Mobilien, und rechnete z. B. ein Pianoforte zu den letzteren. Dagegen ist schon oft mit Recht darauf erkannt, daß Waaren nicht von dem Pfandrecht getroffen werden, weil von ihnen nicht gesagt werden kann, ut ibi perpetuo essent &c. Freilich ist da wieder eine Distinction gemacht worden, die durchaus unhaltbar ist, nämlich ob das gemiethete Lokal eine Wohnung oder ein Boden, ein Raum ist. In beiden Fällen ist es nicht anzunehmen, daß Waaren inferirt werden, um dort zu bleiben. Es ist also unrichtig, die Fälle zu unterscheiden. Der Vermiether kann weder in dem einen noch in dem andern Falle in dem Glauben sein, daß die Waaren eingebracht wurden, um dort beständig zu lagern oder gar zu haften.

Pfandrecht an den Sachen zu, welche vom Miether **hoc animo inductae sunt, ut ibi perpetuo essent.** Wenn dies nun Sachen sind, die einem Andern gehören, und nicht dem Miether, der Pfandgläubiger aber ist im guten Glauben, d. h. er kann nicht wohl anders annehmen, als daß dem Miether die Sachen zugehören oder doch die Disposition darüber zusteht; andererseits contradicirt der wirkliche Eigenthümer nicht, da die Sachen inferirt werden, er muß also angesehen werden als das nunmehr dem Vermiether daran entstehende Pfandrecht stillschweigend genehmigend: so ist das Recht des Vermiethers an den Illaten nach Römischem Recht, auch wenn diese nicht des Miethers Eigenthum sind, anzunehmen [1]).

Freilich ersehen wir aus dem neusten Statut und den dort excerpirten Commentatoren zu 2, 5, 4, Langenbeck und Müller, daß im Anfange des neunzehnten Jahrhunderts die Ansicht unter ihnen und in den Gerichten prävalirte, als ob diese Stelle aus 2, 4, 12 zu ergänzen, und dort aus der Letztern das „ihm zugehörig" zu suppliren sei. Allein man war doch damals schon so weit gekommen, dies nur aus dem stillschweigenden Pfandrecht (des Römischen Rechts) zu erläutern, und es wird deshalb um so mehr freistehen, das Berufen auf ältere Statute zu verwerfen, und die damals herrschende, bei der Interpretation des Statuts von 1605 nicht mehr zu berücksichtigende Ansicht durch eine gehörige Auffassung des Römischen Rechts zu berichtigen.

§ 19.

Fortsetzung.

Noch schwieriger und wenn möglich noch lehrreicher ist ein anderes Beispiel. Es läßt sich die Frage nämlich aufwerfen: Wie weit erstreckt sich das in Rede stehende Pfandrecht des neusten Statuts für den Vermiether über die Gränzen des Miethe-

---

1) Es findet sich in Falck's Neuem Staatsbürgerl. Magazin 4, 2, 366 ff. eine Erörterung von Burchardi, der ich, so weit sie von meiner obigen Ansicht abweicht, nicht beipflichten kann, wenn gleich Paulsen das. 4, 3, 914 ihr seinen Beifall schenkt. Besser scheint mir zu sein Gärtner's Aufsatz in Gans Beiträgen Bd. 1 Heft 6 S. 485 ff. Mit meiner Ansicht stimmt auch die Französisch-Belgische Praxis überein, vgl. Lauckhardt Rechtsfälle, Mannheim, Bd. 1 H. 2 S. 174 ff. Anderer Meinung ist Hasche Neue Falliten-Ordn. 2, 146.

lokals hinaus? Dauert es auch fort, wenn die Sachen nicht mehr im gemietheten Lokale, sondern anderswo, und vielleicht bereits in dritten Händen sind? Nach den von mir (§ 17) gewonnenen Resultaten können hier die alten Ordele von 1270 gar nicht in Betracht kommen. In diesen alten Ordelen scheint angenommen werden zu müssen, daß die eigenmächtige Pfändung, worauf sie sich beziehen, nur an den Illaten, die in dem speciellen Falle, von dem sie handeln, sich in den Wehren vorfanden, ausgeübt werden konnte, und daß es unterbleiben mußte, sobald die Güter dort nicht mehr waren. Von einem Rechte der Pfändung konnte dann nicht die Rede sein, weil das Object fehlte, wenn die Illaten nicht mehr in den Wehren waren. Die alten Ordele scheinen bei ihrer bestimmten Fassung darüber keinem Zweifel Raum zu lassen, daß bei uns die Selbstpfändung schon 1270 so beschränkt war [1]). Göschen zum Goslarschen Statut (S. 227 vgl. mit S. 186) weist dort nach, daß wenn dem Miether ein gerichtliches Verbot zugegangen war, die pfandbaren Gegenstände mit sich von der Wehre nicht zu nehmen, und er dies dennoch gethan hatte, er in Verfestung und Friedlosigkeit gebracht werden, und, eben weil er keinen Hausfrieden hatte, der Vermiether ohne gerichtliche Concurrenz die weggebrachten Sachen aus der jetzigen Wehre des Miethers pfänden konnte. Es ist wohl nicht zu gewagt, diese Ansicht auch als in Hamburg ursprünglich gültig anzunehmen, wenn unsere älteren Statute gleich direct dazu keinen Anhaltspunkt geben. Freilich läßt sich daraus, daß bis 1605 keine legislative Spur sich findet von einem solchen Verbot des Gerichts schließen, wie es bei uns nicht wird häufig vorgekommen sein. Um so weniger sind hiervon ohne Weiteres auf das Römische gesetzliche Pfandrecht Schlußfolgerungen statthaft. Da fragt es sich vielmehr abermals, nicht etwa, was ist nach der richtigen Doctrin die Bestimmung des Römischen Rechts [2]), sondern wie faßte man

---

1) Ein anderes Argument für diese Ansicht giebt die Analogie von der Satzung, vgl. § 42.

2) Die richtigere Doctrin ergiebt, daß auch das Pfandrecht des Vermiethers nicht durch eine Veräusserung des Miethers verändert werde, vgl. von Vangerow Pandekte 1, 777.

1605 bei uns dies Recht auf? Glück Commentar 18, 425 ff. hat zwar gezeigt, wie unpraktisch und absurd die Ansicht ist, als ob der Hauswirth auch aus dritten Händen die Illaten reclamiren dürfe; allein nicht dies verfängt Etwas, sondern es wird für uns sehr erheblich, daß schon von Altersher viele Schriftsteller über das Römische Recht (vgl. Glück S. 426 Anm. 10) dieser Ansicht zugethan gewesen sind. Hat doch dieser Rechtszustand sogar dahin geführt, daß man in Sachsen das Quasipfandrecht des Vermiethers förmlich aufgehoben, und ihm nur ein besonderes Retentionsrecht gelassen hat, das natürlich aufhört, wenn die Retention factisch cessirt. Vgl. Kind quaest. forens. Ausg. 1 II, 9, Ausg. 2 IV, 22. Hermann der Miethevertrag, Dresden 1840 S. 163 ff.

Unter diesen Umständen ist es denn auch nicht unwichtig, daß ein sonst unbekannter Commentator unseres neusten Statuts, von dessen Lebensumständen weder Anderson noch die neuste Ausgabe des Statuts Etwas mittheilen, Bluhme, in einer Anmerkung zu 2, 5, 4, von der leider die Zeit nicht anzugeben ist, wann sie niedergeschrieben worden, die Frage aufwirft, ob die in dritte Hände gelangten Illaten von jedem Besitzer abseiten des Hauswirths zurückgefordert werden können. Er macht hier wiederum mehrere Schriftsteller, die über Römisches Recht geschrieben haben, für die Bejahung namhaft, spricht aber dessen ungeachtet die bestimmte Ansicht aus, daß nach Stat. 2, 4, 2 die Frage zu verneinen sei, und allegirt für sich Treutler, der unter Widerspruch Vieler behaupte, das stillschweigende Pfandrecht erlösche mit der Wegnahme der Illaten aus dem Hause. Dadurch daß Bluhme sich grade auf 2, 4, 2 stützt, wonach ein Pfandgläubiger sein Pfand von Dritten, die es mit gutem Glauben und richtiger Ankunft erlangt, nicht reclamiren darf, scheint er anzunehmen, daß es diesen guten Glauben nicht beeinträchtigt, wenn der Dritte auch weiß, daß sein Schuldner zur Miethe wohnte in dem Lokal, aus dem er die Illaten entfernte, und daß es bei einem Miethsmanne allemal vor Verfallzeit anzunehmen ist, er habe die Miethe noch nicht bezahlt, es hafte also das Pfandrecht des Vermiethers noch auf den Gegenständen,

da der Miether sie vorher gar nicht bezahlen darf, ohne die Gefahr doppelter Zahlung zu laufen.

Hier verdient es denn vielleicht ferner erwähnt zu werden, daß eine noch heutiges Tages im gemeinen Leben bei uns sehr verbreitete Meinung auf der einen Seite sich für die unbedingte Ausdehnung des Illationsrechtes auch auf fremde Illaten ebenso entschieden erklärt, als auf der andern Seite gegen die Fortdauer dieses Rechts, sobald sie aus dem gemietheten Lokale entfernt sind. Mit dem letzteren Theile dieser Meinung, von dem man vielleicht behaupten kann, daß ihm noch das dunkle Gefühl von dem Hamburgischen Recht zum Grunde liegt, würde es in Uebereinstimmung sein, daß in allen älteren hiesigen seit dem neusten Statut promulgirten Rechtsquellen, die von der gerichtlichen Pfändung handeln (vgl. auch den Entw. der R. G. O. von 1711 LI, 4 mit Stat. d. 1605 1, 41, 5), sich gar keine Beschränkung dieser Pfändung zu Gunsten des Hauswirths, also keine Rücksicht auf dessen Pfandrecht findet. Erst die Instruction für die pfändenden Prätur-Offizianten vom 2. Januar 1828 besagt § 3, soweit es hier in Betracht kommt, daß der Offiziant sich von der Vollziehung der Pfändung nur durch die Vorzeigung eines vom Hauswirth des zu Pfändenden angelegten Befehls — abhalten lassen dürfe. Dieses Recht, eine gerichtliche „Versperrung und Anhaltung" der Illaten zu bewirken, findet sich zuerst gesetzlich im Statut von 1605 2, 4, 12, und zwar unter Beschränkungen ausgesprochen, welche sich vielleicht auf altes topisches Recht eben so sehr, als auf Römisches zurückführen lassen.

Es darf nach dem Gesagten angenommen werden, daß bei uns nur ein sogenannter Hauerbefehl den Hauswirth gegen eine Wegpfändung der Illaten abseiten eines andern Gläubigers seines Miethers schützt, daß dieser Schutz sich aber alsdann selbst über die Wehre hinaus erstreckt, und ihm das Illationsrecht auch, wenn die Illaten bereits in dritte Hände oder doch in eine andere Lokalität gekommen sind, conservirt; daß aber weder durch eine Protestation noch durch sonst eine aussergerichtliche Maaßregel sein Recht fortdauert, falls die Illaten einmal von dem gemietheten Ort entfernt sind, sondern daß jenes Recht mit jeder Entfernung der Gegenstände aus dem gemietheten Lokal wegfällt.

§ 20.

Fortsetzung.

Mir sind kürzlich in meiner Praxis zwei Rechtsfälle vorgekommen, die hier von einem besondern Interesse zu sein scheinen.

In dem einen derselben wurde für den Vermiether eines Hauses gegen meinen Clienten, einen Gläubiger des Miethers, welcher des aussergerichtlichen Widerspruchs des Vermiethers ungeachtet die Pfändung an den Illaten hatte vollziehen lassen, das Recht in Anspruch genommen, diese Gegenstände wegen des Pfandrechts des Vermiethers daran zu reclamiren. Ein Patronat-Erkenntniß von St. Pauli vom 18. December 1844, welches vom Obergericht am 31. März 1845 unter Vergleichung der Kosten bestätigt wurde, wies den Vermiether ab. Die Sache heißt Pflugk c. Dr. Magnus.

In dem andern Falle hatte der Vermiether in Erfahrung gebracht, daß ein Tischler auf die von ihm verfertigten Illaten des Miethers, weil die Rechnung für dieselben ihm noch nicht berichtigt war, Anspruch mache, und deshalb, da sich der Miether heimlich entfernt, den Tischler gewarnt, daß die Miethe noch nicht bezahlt sei, und daher von den Illaten nichts werde verabfolgt werden, auch einen Wächter aufgestellt, um das Illatenrecht zu schützen. Der Tischler war aber mit Mannschaft gekommen, und hatte des Widerspruchs des Wächters ungeachtet die Mobilien weggeschafft. Der Vermiether erhob nun beim Niedergerichte eine Spolienklage, worauf ein Beweisinterlocut am 20. Juni 1845 erfolgte, in dessen Entscheidungsgründen es namentlich heißt, daß

> das auf Grundlage des Römischen interdictum unde vi durch das Kanonische Recht eingeführte remedium spolii allgemein dann zulässig ist, wenn Jemand aus einem bisher Statt gehabten factischen Zustande durch Gewalt eines Andern entsetzt worden ist; daß dieser Zustand in substrato darin bestand, daß die fraglichen, dem klägerischen Mandanten für die Miethe verhafteten Mobiliengegenstände in das demselben gehörige Haus von dem Miether inferirt waren; daß der Vermiether vor Bezahlung der Miethe

oder desfallsiger anderweitiger Sicherstellung, die Fortschaffung der inferirten Mobilien — sei es durch den Miether selbst oder einen Dritten — sich nicht gefallen zu lassen braucht, und es für den gemeinrechtlichen Begriff eines spolii ganz gleichgültig ist, ob der Vermiether seinen Widerspruch gegen solche eigenmächtige Fortschaffung durch die Impetrirung eines richterlichen Befehls oder auf andere aussergerichtliche Weise kundgiebt; daß die Fragen, ob Beklagter wirklich Eigenthümer der fraglichen Mobilien sei, und ob gegen diese Gegenstände der Vermiether sein gesetzliches Pfandrecht werde exerciren können, ihre Erledigung in diesem summarischen Verfahren nicht finden können, dessen einziger Zweck auf die einstweilige Wiederherstellung des durch eigenmächtige Gewalt gestörten Zustandes gerichtet ist; daß somit zur Begründung der Spolienklage hier nur der Nachweis des fraglichen Mietheverhältnisses zwischen Fellner und Tiget und der bei der Fortschaffung der Mobilien verübten Gewalt erforderlich ist.

Der aus diesen Motiven erkannte Beweis wurde der Appellation des Beklagten ungeachtet vom Obergericht lediglich confirmirt. Die Sache heißt Lich m. n. Fellner c. Hagen modo Drem. D. Hertz m. n. desselben. In dem Appellationslibelle des Letztern ward, so weit es hier in Betracht kommt, geltend gemacht, daß der Kläger zwar ein stillschweigendes Pfandrecht habe, dies aber eben nur ein Recht sei, dessen Zerstörung keine Spolienklage zulasse. Ganz anders würde es sein, wenn der Kläger einen Hauerbefehl hätte anlegen lassen. Das Gesetz, welches das Pfandrecht des Hauswirths anerkenne, gebe den Fingerzeig, und gestatte, einen richterlichen Arrest auf die Sachen zu legen. Wo das nicht geschehen, da wären die Sachen „nicht versperrt," und möge daher, wenn Etwas von ihnen fortgenommen werde, dem Hauswirth wohl sein Recht, nicht aber sein factischer Besitz gestört werden. In welche endlose Collisionen würde man gerathen, wenn man die Niedergerichtliche Ansicht adoptiren wollte! Man könnte gar nichts mehr mit Sicherheit kaufen. So wie man von Jemanden etwas erhalten, riskirte man die Klage des Hauswirths. Es ändere der Widerspruch des Hauswirths nichts.

Wolle er diesen geltend machen, so nehme er richterliche Hülfe, so impetrire er einen Hauerbefehl. Wolle er ohne richterlichen Beistand sich widersetzen, so sei er es, der Gewalt übe; denn ihn, die Privatperson, habe man weder zu kennen noch zu respectiren.

Dieses Räsonnement der Appellationsschrift scheint mir unhaltbar, und beide Präjudicate vollkommen zu Recht beständig, da hier allein das Römische Recht entschied. Ich sage dies nicht darum, weil meine Parthei in beiden Fällen den Sieg davon trug. In der zweiten Sache war ich über den Ausgang des Petitoriums zweifelhaft, wie sich dies aus meiner obigen Ausführung (§ 19) ergiebt, und so fand ich Veranlassung, nach geführtem Beweise diese zweite Sache durch einen angemessenen Vergleich, welcher meiner Parthei einen Theil der Miethe sicherte, noch im Possessorium zu beendigen.

§ 21.

Fortsetzung.

Ehe wir die Materie von dem alten Selbstpfändungsrecht des Hausherrn verlassen, erlaube ich mir noch eine Bemerkung über eine Stelle in einer alten Hamburgischen Urkunde, die Wilda S. 213 noch nach Staphorst allegirt, und die jetzt auch in Lappenberg's Urkundenbuch (p. 703 a. E. Urkunde 838) steht. Der Graf Adolf von Holstein verkauft dem Hamburgischen Domkapitel Land, wobei er ausdrücklich die Befugniß überträgt, **pandandi huram suam sen pignora recipiendi cum emenda debita tempore suo, quando sibi praedicta hura non fuerit persoluta.** Wilda meint, man habe es darum nicht für überflüssig gehalten, hier das Selbstpfändungsrecht, so wenig man es an sich bezweifelte, ausdrücklich anzuerkennen, da der Graf sich die Gerichtsbarkeit reservirt hatte, man aber sonst die Pfändung als einen Act derselben betrachtet, und nun das Domkapitel vor der Anschuldigung eines Eingriffs in das gräfliche Reservat sicher stellen wollte. Umgekehrt kann man sagen, eben weil der Graf sich die Jurisdiction vorbehalten hatte, beweist die Stelle die Achtung vor dem durch das alte Vorurtheil geheiligten Recht der Selbstpfändung, daß der Graf selbst dasselbe bei dieser Veräusserung sich

nicht vorbehielt, sondern ausdrücklich anerkannte. Vielleicht mögen auch Zweifel darüber obgewaltet haben, ob einer moralischen Person, vollends der Geistlichkeit, das Altgermanische Recht des einzelnen freien Mannes auf Selbsthülfe ohne besondere Anerkennung zugestanden werden könne, und vielleicht ferner sollte es ausdrücklich ausgesprochen werden, daß das Recht nur tempore suo ausgeübt werden, erst aus der mora des colonus hervorgehen, und nicht etwa dazu angewandt werden sollte, vorher Vorsichtsmaaßregeln wegen Sicherung des Miethzinses zu treffen. Damals stand es eben wegen der allgemeinen Heilighaltung des Selbstpfändungsrechtes mit der Sicherheit des Vermiethers anders, als jetzt, es scheute sich die Sitte, das Recht nicht zu respectiren, und etwa durch Fortschaffung der Illaten illusorisch zu machen. Wir wissen aus den auch in dieser Hinsicht ungemein lehrreichen Goslarschen Statuten (s. Göschen S. 227), daß jede Erschwerung oder Verhinderung dieses Pfändungsrechts sogar zur Verfestung führen, und der Verfestete, wenn er als Miether trotz eines gerichtlichen Verbots die pfandbaren Gegenstände mit sich nahm, selbst den Hausfrieden verlieren, d. h. es ruhig über sich ergehen lassen mußte, daß ihm noch jetzt jene Sachen ohne gerichtliche Concurrenz weggepfändet werden konnten.

Wie sehr man darauf überall ausging, dies Recht des Hausherrn zu beschränken, beweist ein Ordel, sofern wir es nur 1270 VI, 31 in dieser Gestalt, aber schon 1292 G, 26 und 1497 L, 13 so nicht mehr, und überall in keinem Statute, das sonst unser altes Statut recipirt hat, weder im Lübischen, noch im Stader und Rigaer finden, und das selbst in einigen werthvollen Handschriften des Statuts von 1270 ganz fehlt (vgl. Lappenb. S. 37), aber von Lappenb. Vorr. zu den Hamb. R. A. S. LXXI als unserem Rechte eigenthümlich anerkannt wird. Hier wird gesagt, eine Forderung vmme kost ofte vmme hure soll innerhalb zwei Jahre geltend gemacht werden, sonst nicht anders als andere Schuld, es sei denn, daß der Gläubiger erweislich buten landes gewesen, oder mit willen hadde bestan laten. Die Ausdehnung dieser Vorschrift auf die Miethe findet sich schon 1292 nicht mehr, wohl aber noch 1276. Jedenfalls bestätigt das Ordel auf das Deutlichste das Selbstpfändungsrecht,

das Recht der Gewalt (vgl. den Excurs zu § 3), indem es davon geständlich ausgeht, daß Kost und Hauer innerhalb zwei Jahren auf andere Art gefordert werden können, als andere Schulden. Auch ergiebt es eine Gleichstellung der Kost mit der Hauer, so daß offenbar nicht blos das Illatenrecht verstanden sein kann. Vielleicht läßt sich annehmen, daß Kost mit der Hauer überhaupt gleiches Recht der Selbstpfändung genossen hat.

§ 22.

4. Wegen Schadens.

Wilda faßt zuletzt S. 227 ff. das Selbstpfändungsrecht in Hinsicht auf Schadenszufügung an Grundstücken und wegen Besitzstörungen zusammen. Es sind mit seiner dortigen Erörterung Göschen's Bemerkungen zum Goslarschen Stadtrecht S. 409 ff. zu vergleichen, und muß ich bitten, wer sich in dieser Materie ausführlicher orientiren will, beide Schriftstellen zu studiren. Manche von den allgemeinen Gesichtspunkten, welche Wilda aufstellt, wollen mir nicht einleuchten. Wilda hat eine übrigens gewiß sehr ehrenwerthe Vorliebe für eine Auffassung unseres Altgermanischen Rechts, die mir mehr romantisch schön als historisch wahr zu sein scheint [1]), und die überdies mit einer gerechten Anerkennung des Römischen Rechts nicht wohl vereinbar sein dürfte (vgl. desfalls besonders S. 228). Ich finde vielmehr bei fortgesetzten Forschungen immer mehr die Ansicht bestätigt, die ich in der Lehre von der Zurechnung (Vorträge Bd. 1 Heft 2 S. 339 ff.) speciell gesucht habe nachzuweisen. Es läßt sich nämlich nach meinem Dafürhalten ein gewisser steifer Mechanismus, ein Bewegen in geistlosen Formen weit mehr in den Altgermanischen Rechten, und hingegen eine geistigere, materielle, der Rechtsidee

---

1) Historisch wahrer sagt auch Künßberg in seinem Werke: Das Recht der Deutschen, Stuttgart 1846, S. 29, Kampf sei die letzte Instanz in rechtlichen Streitigkeiten gewesen, und bezieht sich auf Pomponius Mela 3, 3, welcher von den Deutschen seiner Zeit sagt, ius in viribus habent, so wie auf die Schlettstädter Glossen, deren Text wohl aus dem siebenten oder achten Jahrhundert stammt, und die geradezu ius mit kiwalt übersetzen. Man erinnere sich auch an das, gewiß nicht auf Fürsten oder Völker zu beschränkende Sprüchwort: Gewalt geht vor Recht.

annähernde Behandlung des Rechts im Römischen Recht als das Charakterische bezeichnen [2]). Es würde mich hier zu weit führen, dies speciell bei dem Selbstpfändungsrecht in den Fällen, wo fremde Thiere den Grundstücken Schaden zufügen, nachzuweisen, und namentlich in der Art und Weise, wie dies Recht noch heut zu Tage bei uns auf dem Landgebiet gehandhabt wird, zu ermitteln. Ich betrachte es hier mehr als meine Aufgabe, die Spuren des alten Selbstpfändungsrechts in unseren alten städtischen Statuten aufzusuchen.

Dazu dienen denn unter allen Stellen, die vom Schadensersatz handeln, und die ich in meinem Vortrage über Zurechnung S. 367 — 391 für die aussercontractlichen Verhältnisse zusammengestellt und exegesirt habe, zunächst die von mir dort bereits ausführlich besprochenen 1270 VI, 19 und 20. Man würde die Fassung dieser beiden Ordele unrichtig nehmen, wenn man nicht dabei davon ausginge, daß ursprünglich die Selbsthülfe damit regulirt werden sollte. Wenn z. B. ein Wagen auf der Straße Schaden veranlaßt, so soll man sich zunächst an den Fuhrmann halten, und erst, wenn man ihn nicht festnehmen kann, weil er entkommt, an die Pferde, ohne weitere Dazwischenkunft des Gerichts. Ich habe schon in meinem Vortrage über Zurech-

---

2) Wenn Förster in der Wilda-Reyscherschen Zeitschrift IX, 103 meint, das Deutsche Recht sei in seiner weiteren Entwickelung durch das Römische Recht gestört worden, so ist dies in so fern nicht zu beklagen, da jenes nicht der wissenschaftlichen Ausbildung fähig war, wie dieses. Wäre es nicht frühzeitig erkannt worden, daß das Römische Recht geistig bildsamer und praktisch anwendbarer war, so würde es nicht einen Einfluß erworben haben, der um so auffallender namentlich bei uns ist, wo im Volk das Vorurtheil ihm in dem Wege stand, daß es zur Untergrabung der alten einheimischen Rechte nicht blos, sondern auch der Freiheit und Privilegien des Volks diene und benutzt werde. Grade die Vorzüge des Römischen Rechts sind es auch, die uns ermahnen, im Studium desselben nicht müde zu werden, oder etwa dasselbe über unsere Altgermanischen Forschungen zu versäumen, was ebenso einseitig und bedenklich sein würde, als wenn man den Letzteren ihren ganz bedeutenden Werth absprechen wollte. Wir bekennen uns hier freudig zu Savigny's Vorrede zu seinem unsterblichen neusten Werke über Römisches Recht.

nung S. 375 bemerkt, daß ein hiesiger Rechtsgelehrter gegen mich die Ansicht geäussert hat, als ob das alte, noch im neusten Statut sich findende Ordel nur die Selbsthülfe regulire, nicht aber für die gerichtliche Entscheidung des Falles eine Norm abgebe. Dieser Meinung kann man nicht beipflichten, wenn man sich aus meinen Erörterungen über die Altgermanische Imputation davon überzeugt hat, daß dem Ordele Grundsätze unterliegen, welche für den dort entschiedenen Fall nichts Singuläres bestimmen. Wohl aber ist die Meinung in der Hinsicht richtig, daß ursprünglich das Ordel die Selbsthülfe, das Selbstpfändungsrecht anerkannte und regulirte, daß aber im Verlauf der Zeit nicht etwa dasselbe obsolet geworden wäre, und für die Gerichte und Polizei keine Entscheidungsnorm abgegeben hätte, sondern vielmehr nach dem allmäligen Verschwinden des alten Rechts der Selbsthülfe die alleinige Richtschnur auch für die gerichtliche Entscheidung blieb. Sonst würde man es unbegreiflich halten müssen, daß sich anderweitige Vorschriften für die amtliche Beurtheilung des Falles selbst im neusten Statut nicht finden, daß man vielmehr hier das alte Ordel beibehielt, und daß die Glosse zum Statut von 1497 nichts dazu erwähnt, vermuthlich weil schon damals das historische Bewußtsein, daß das alte Ordel nur ursprünglich für das alte Faustrecht bestimmt sein sollte, verloren gegangen war, und es sich somit ohne weitere Erläuterung von selbst verstand, daß man in dem Artikel 1497 L, 18 nur eine Vorschrift für den Richter vor sich habe.

§ 23.

5. Folgen der Selbstpfändung.

Ehe wir die Materie von dem Selbstpfändungsrecht verlassen, müssen wir noch die Folgen der geschehenen Selbstpfändung in der Kürze berühren, worüber Wilda S. 311 ff. und insbesondere Göschen S. 416 zu vergleichen sind. Unsere alten Ordele sprechen sich nirgends (vgl. 1270 1, 9 und VI, 15, VI, 16, II, 3, VI, 19 und 20) darüber aus, was der Pfändende mit dem Gepfändeten vorzunehmen berechtigt sein soll. Die allgemeinen Ausdrücke, er soll es behalten, der Erbzinsberechtigte soll den Schuldner von dem haftenden Grundstück entfernen, der durch einen Wagen

Beschädigte den Fuhrmann festhalten dürfen, geben keinen zuverlässigen Anhalt. Dessenungeachtet kann ich nicht der Meinung Göschen's beipflichten, daß man die Vorschriften über das gesetzte, d. h. das contractliche Pfand hier anzuwenden habe. Zwar enthalten unsere alten Ordele von 1270 selbst eine Bestimmung, welche dieser Ansicht das Wort zu reden scheint. Es findet sich nämlich in dem Ordel von 1270 IX, 13, dessen schon im § 5 von mir gedacht, und wonach der Schuldner dem Gläubiger überantwortet wurde, ganz speciell die merkwürdige Aeusserung, daß, wenn der Gläubiger seinen Gefangenen freiläßt, oder dieser entläuft, die Forderung stehen bleibt, und der Schuldner, bis er bezahlt hat,

vmmer sin pand vor sin Geld

bleibe, wie es hier heißt in Uebereinstimmung mit dem Sachsenspiegel 3, 39, 2[1]). Sonach wird der Mann als ein Pfand betrachtet, und wenn hier nicht zwischen dem contractlichen und gerichtlichen unterschieden wird, und ferner davon auszugehen ist, daß, was dort als gerichtliches Verfahren erscheint, ursprünglich gewiß auch auffergerichtlich eben denselben Verlauf gehabt hat (vgl. § 5): so scheint hier die Selbstpfändung in ihren Folgen mit dem gesetzten Pfande gleichgestellt zu sein. Auf der andern Seite dagegen kommt es in Betracht, daß dem Geiste der Selbstpfändung und des alten Nationalrechts, welches demselben zum Grunde lag, die weitläufige Procedur der Distraction des gesetzlichen Pfandes (vgl. darüber § 45 ff.) zu widerstreiten scheint, und daß man auch in anderen Fällen, namentlich bei dem Concursverfahren, falls der Schuldner flüchtig wurde oder verstarb (vgl § 7 und 84), nicht umhin kann in auffergerichtlichen Maaßregeln, die die Sitte gestattete, eine gewisse, vielleicht nur durch diese Sitte geregelte, aber sicher in sehr freien Formen sich bewegende Willkühr anzunehmen. Insbesondre wird es nach Demjenigen, was am Schlusse des Ordels von 1270 VII, 3 (§ 46) in den meisten Handschriften gelesen wird, anzunehmen sein, daß es bei der Selbstpfändung eines besondern Aufgebots

---

1) Vgl. über die Parallelstellen des Lübischen Rechts Cod. Hach. I, 69 II, 200 Lapp. Vorr. zu den Hamb. R. A. S. LIX.

zum Verkaufe der gepfändeten Sache nicht wird bedurft haben. Auch in der Bestimmung, die wir zuerst 1292 C, 27 und dann 1497 H, 6 antreffen, wird des Aufgebots nicht gedacht, und die Glosse zu der letzten Stelle macht ausdrücklich darauf aufmerksam, daß mit gesetztem Pfande anders verfahren werde, als mit gepfändetem Gute, was also um so unbedenklicher auf selbstgepfändetes anzuwenden ist.

Sonach wird man unbedenklich das Ordel von 1270 I, 14 auch auf unseren Fall anwenden, und danach in Verbindung mit VI, 15 annehmen können, daß der Gläubiger seine Forderung gerichtlich beschwor, und dann zum gerichtlichen Aufgebot des Pfandes schritt, oder sich das Pfand gerichtlich zusprechen ließ, vgl. Reimarus S. 455, wiewohl das Ordel I, 21 und III, 8 und alle von der Erbtheilung handelnde Ordele von einer Auseinandersetzung auch ohne alle gerichtliche Intervention sehr wohl verstanden werden können, und somit ursprünglich die Autorisation des Gerichts zur Distraction des Pfandes, das man durch die Selbstpfändung erlangt hatte, gar nicht als nothwendig mag betrachtet worden sein [1]). Vielleicht wird sich übrigens hier noch ein Zusammenhang mit Altgermanischen Begriffen von Satzung ermitteln lassen.

Ungeachtet überhaupt noch manche interessante bisher dunkle Parthien des alten Rechts der Selbstpfändung der Aufhellung bedürfen: so scheint es mir eben so geeignet, für diesmal zu anderen Materien überzugehen, weil es sich auch bei näherer Beleuchtung derselben herausstellen wird, wie sich die beiden alten Nationalrechte der Gewalt und Gewehr durch die ganze Altgermanische Rechtsgeschichte nachweisen lassen, so daß sie durch Erforschung anderer Rechtsmaterien auf's Neue bestätigt und erläutert werden.

§ 24.

II. Das Recht der Satzung.

Versprochenermaaßen wende ich mich jetzt zu den in der Zeitschrift für Deutsches Recht mitgetheilten Erörterungen von Madai, Förster und Budde (vgl. oben die Einleitung) über

---

1) Vgl. Albrecht die Gewere S. 159 Anm. 370.

das Recht der Satzung. Es haben diese Germanisten sich über die Frage, ob der Satzungsgläubiger an dem Pfande ein widerrufliches Eigenthum erlange, und ferner über die Verantwortlichkeit desselben für Verschulden und Zufall, nicht vereinigen können. Madai suchte 8, 284 ff. nachzuweisen, die Satzung enthalte eine wirkliche, aber widerrufliche Veräusserung, in der Art der Römischen fiducia, was die von Albrecht zuerst bekämpfte Ansicht der älteren Germanisten war. Budde dagegen 9, 411 [1]) suchte Madai's Argumentation zu widerlegen, und von S. 430 an den directen Gegenbeweis dahin zu liefern daß der Pfandgläubiger nicht Eigenthümer geworden. Förster 8, 108 will die Haftpflicht des Satzungsgläubigers auf den Satz, daß nach Altgermanischem Rechte der Wille des Empfängers den Grad seiner Verantwortlichkeit bestimmt habe, gründen, und die Unhaltbarkeit der Behauptung, daß der Satzungsgläubiger den Zufall trage, nachweisen S. 119 ff.

Man darf bei diesen Gelehrten den Scharfsinn, die Belesenheit und den Fleiß, welche sie in ihren Forschungen zu Tage legen, anerkennen, und muß doch offen gestehen, daß sie in zwei Beziehungen fehl gegangen, und dadurch auf Resultate gerathen sind, die nichts weniger als geschichtlich wahr angenommen werden können.

Zuerst muß man allen Dreien den Vorwurf machen, daß sie ihre Argumente Rechtsquellen aus den verschiedensten Zeiten und Gegenden entnehmen, wodurch sie es nicht haben vermeiden können, oft Dasjenige für Altgermanisches Recht zu halten und auszugeben, was späteren Ursprungs oder mit Römischen Rechtsbegriffen bereits untermischt oder gar gradezu Römisches Recht, oder wenigstens was früher dafür gehalten wurde, ist. Wir wollen, um diese Klippe gewiß zu vermeiden, uns auf eine Darstellung des Althamburgischen Rechts beschränken, und hoffe ich auch diesmal, wie schon einmal in der Lehre von der Zurechnung (vgl. Vorträge 1, 2, 346) aus diesem Mikrokosmus heraus für das gemeine Altdeutsche Recht Ergebnisse zu erzielen, die einen zuverlässigeren Anspruch auf geschichtliche Wahrheit haben.

---

1) So auch Förster 9, 103.

Ein anderer Tadel scheint jenen Forschern in sofern gemacht werden zu müssen, daß sie dem sogenannten locus classicus von der Regel Hand muß Hand wahren im Sachsenspiegel (unser IX, 21 von 1270 vgl. Vortr. 1, 1, 177. 1, 2, 358) hier nicht den entscheidenden Einfluß eingeräumt haben, den er verdient. Ich bin der Meinung, daß er den Schlüssel zu dem richtigen Verständniß der Rechte des Satzungsgläubigers nach Altdeutschem Rechte enthält. Um dies aber zu ermitteln, wird eine sehr umständliche Erörterung aller hier in Betracht kommender Verhältnisse erforderlich sein, weshalb ich ganz insbesondre die Geduld meiner Zuhörer in Anspruch nehmen muß. Wir werden, um die Altgermanischen Grundsätze von der Satzung gehörig auffassen zu können, auch ganz nothwendig schon jetzt ihr Verhältniß zum Eigenthum oder zu demjenigen Rechte, welches man bisher im Deutschen Recht für das Römische Eigenthum gehalten hat, berücksichtigen müssen, und deshalb bei einer Analyse von Besitz, Gewehr und Eigenthum verweilen müssen.

§ 25.

Das Ordel IX, 21 von 1270.

Wir wollen zuerst das Ordel kritisch untersuchen. Es lautet in unserem Statut von 1270 so:

> So welk man deme anderen lenet syn perd ofte cleet ofte welkerhande gud dat sy, vnde to welker wis he dat ute sinen weren let mit syneme willen, vnde vorkoft it de gene, de it denne in sinen weren heuet, ofte vorset he it ofte wert it eme gestolen ofte afgerouet: de gene, de it erst vorleghen ofte vorsat heuet, de ne mach dar nene vorderinge af hebben, sunder vppe dene, deme he it let ofte satte. Storue de ok, he scholde it vorderen vppe synen eruen.

Ich habe hier den Lappenb. Cod. A zum Grunde gelegt, nur bin ich in zwei wesentlichen Punkten anderen Handschriften gefolgt. Die Worte ofte vorspelet het nach ofte vorset he it, und die Worte am Schlusse na desseme stadrechte, von denen die ersten sich in einer ganzen Reihe werthvoller Handschriften gar nicht, und die letzten nur in dem erwähnten Cod. A finden, scheinen mir eine spätere Interpolation, veranlaßt durch eine

Vergleichung mit dem Sachsenspiegel II, 60, und können wir sie um so unbedenklicher weglassen, da sie sich auch in unseren Statuten von 1276 IX, 22 1292 M, 17 und 1497 L, 11, ferner in Rig. 123 (Puf. III app. p. 263) nicht finden, und selbst wenigstens die letzten Worte im Stad. VI, 18 (Puf. I app. p. 205) im Lub. Hach. III, 372, Brem. d. 1433 ord. 58 (Oelr. p. 527) Verd. 57 (Puf. 1 app. p. 98), welche die ersteren haben, fehlen.

Eine zweite Bemerkung, die hier zur Einleitung meiner ferneren Erörterungen nothwendig ist, betrifft das vnde vor to welker wis. Alle Handschriften sowohl von unseren Statuten als von den erwähnten Verwandten derselben lesen so ohne Ausnahme, vgl. auch Lappenb. S. 57 und Cropp Beiträge II, 2 S. 259 Anm. 32. So heißt es auch in allen Handschriften des Sachsenspiegels II, 60 vgl. Homeyer S. 166, ohne alle copula, to welker wis. So hat endlich auch unser neustes Statut von 1605 II, 2, 7 und, vgl. daselbst die Commentatoren in der neusten Ausgabe S. 257 ff.

Eine dritte betrifft die Ueberschrift. In dem Lappenb. Cod. A heißt sie: Dat en man, de en dyng lenet, also gud wedderdon schall. In den Anderson'schen Registern zu 1270 und 1276 heißt die Inhaltsangabe, wie ich das schon einmal (Vortr. 1, 2, 359) erinnerte: Dat ein man sin gud, dat he utgelenet hefft, van enem andern nicht krigen ne mach, he en spreke it duve ofte roef an. Zu 1292 heißt es (vgl. Lapp. S. 98): Wat en man mit willen vtlenet, dat scal he eschen van demgenen deme he it lenet, und zu 1497 (vgl. Lapp. S. 177): Vmme lendt gud mach me nemande anspreken, behaluen dem it gelent wert. Man sieht also, während ursprünglich in dem Ordel nur darauf Werth gelegt wurde, daß das Charakteristische des Leihvertrags in dem Wiedergeben des geliehenen Gutes selbst bestehe, der Empfänger es also zu verantworten habe, ohne daß das Verhältniß zu Dritten hervortritt, wird erst später[1])

1) Wenn ich auch sonst dem Cod. A. nicht den Vorzug geben kann, so scheint mir die im Text angenommene Aufeinanderfolge der fraglichen Ueberschriften so natürlich, daß ich glaube annehmen zu dürfen, diesmal finde sich in jener Handschrift die älteste.

grade dies Verhältniß hervorgehoben, und später sogar in einer Beschränktheit aufgefaßt, daß zwar der Umstand, es finde im Fall einer Duve oder eines Raubes Ausnahmsweise ein Anspruch an den Dritten statt, im Verfolg der Zeit gar nicht mehr beachtet wird, oder vielleicht als sich von selbst verstehend, unerheblich erscheint, hingegen der Umstand, daß der Wille des Darleihers hier in Betracht komme, geltend gemacht wird.

§ 26.

Fortsetzung.

Um in diesem Ordel gewiß nichts zu übersehen, was irgend erheblich sein könnte, müssen wir Schritt vor Schritt seinem Gedankengange nachspüren.

Zuvörderst wird die Vorschrift an den Contract lenen zunächst zwar angeknüpft. Man wird aber darin nicht das Wesentliche derselben erkennen, nicht annehmen können, daß die Vorschrift auf diesen Vertrag zu beschränken sei. Dagegen sprechen die Worte to welker wis, deren Erläuterung wir einstweilen aussetzen müssen, ferner die späteren Wendungen, de it erst vorleghen ofte vorsat heuet und deme he it let ofte satte, wodurch ersichtlich das Ordel, das ursprünglich bei einem Commodat vorgekommen, und in dieser Form traditionell geworden sein mag, auch auf den Fall der Satzung als selbstverständlich ausgedehnt wird. Gegen die Beschränkung spricht ausserdem die offenbar schon emendirte, somit jüngere Form, welche der Satz im Sachsenspiegel angenommen hat [1]) wo es im Anfange heißt liet oder sat, wie Homeyer, oder lihet oder seczet, wie Weiske liest.

Daß die Leihe und die Satzung nicht in der Art hier genommen werden dürfen, als ob auf sie die Vorschrift zu be-

---

1) Es wird hier immer nur angenommen, daß das Ordel, wie wir es in unserem ältesten Statut finden, in einer älteren und ursprünglicheren Form erscheint, als im Sachsenspiegel, ohne daß damit über das Verhältniß des Alters zwischen dem Sachsenspiegel und unserem ältesten Statut irgend Etwas abgeurtheilt werden soll. Daß die Gestalt des Ordels in unserem Statut origineller, daß sie im Sachsenspiegel mehr als eine Exegese oder Umschreibung erscheint, bestätigt auch der Schluß, wo von dem Verhältniß zu den Erben des Commendatars die Rede ist.

schränken sei, muß auch die weitere Untersuchung dieser Verträge selbst ergeben. Es gab der Commodant und der Schuldner seine Sache dem Andern. Das ist aber doch auch mit andern Verträgen der Fall, welche auf ein Geben einer Sache gehen.

Mir scheint also die Ansicht keinem Bedenken zu unterliegen, daß für die beiden genannten Verträge das Ordel nicht ausschließlich bestimmt gewesen ist, wie denn darüber auch unter den Germanisten kein Zweifel obwaltet.

Wenn nun aber Budde Zeitschr. 9, 424 meint, die Lesart des Zobelschen Textes vom Sachsenspiegel oder zu welcher weise komme der richtigen Auslegung des Ordels zu Hülfe, es komme auf das Rechtsgeschäft gar nicht an, jede freiwillige Uebergabe des Besitzes habe die Vindication ausgeschlossen; so kann ich schon darum dieser Ansicht nicht beipflichten, weil in der Lesart vnde, wie wir § 25 gesehen haben, alle Handschriften übereinstimmen. Man sieht also, mit dem vnde fängt ein anderer Umstand des Falles an, für welchen die Vorschrift gelten soll, und es fragt sich, wenn die Worte to welker wis nicht auf den Contract, welcher dem Herausgeben der Sache vorherging, zu beziehen sind, was bedeuten sie sonst? Nun scheint mir fast nichts übrig zu bleiben, und darauf auch das to nothwendig zu führen, als daß sie von der Zweckbestimmung des Veräusserers verstanden werden müssen. Das Ordel sagt, es komme nicht darauf an, zu welchem Zwecke die Sache gegeben wurde. Es sagt aber nicht, daß es niemals auf diesen Zweck angekommen sei. Nur wenn ein Leihen Statt fand, so war der specielle Zweck gleichgültig, den Derjenige, der die Sache weggab, hatte. Ebenso war dies der Fall mit der Satzung. Da war der generelle Zweck in diesen Rechtsgeschäften ausgesprochen, daß der Eigner die Sache ganz aus seinen Wehren lassen wollte, so daß der Commendatar sie in seine Wehren nahm und nehmen sollte. Darin stimme ich mit Cropp Beitr. 2, 2, 258 ff. überein, wenn auch er die Partikel oder verwirft. Allein seinem weiteren Räsonnement kann ich nicht beipflichten. Er scheint das to welker wys, das auf eine Zweckbestimmung hinweist, nicht gehörig beachtet zu haben, vielleicht ebenso wie Albrecht, von Römischen Ideen unversehens

beherrscht, nach welchen allerdings der Vortheil, der Zweck der Contrahenten auch auf das Tragen der Gefahr ꝛc. seinen Einfluß ausübte.

§ 27.

Fortsetzung.

Nach den bisherigen Erörterungen bleibt fast kein anderer Ausweg übrig, um den rechten Sinn des alten Ordels ausfindig zu machen, als auf andere Momente seine Aufmerksamkeit zu wenden, welche von den bisherigen Auslegern weniger beachtet worden sind.

Hier scheint mir nun das auch in der Ueberschrift von 1292 (vgl. § 25) besonders hervorgehobene mit syneme willen eine größere Beachtung zu verdienen, als es bisher gefunden hat. Wenn es nicht einen ganz besonderen Sinn hier haben soll, so begreift man nicht, warum es überall im Text, und sogar in der erwähnten Ueberschrift mit einer Art von Emphase hervorgehoben wird. Denn das lenen, der Contract selbst, setzt Willensfreiheit ohnehin von selbst voraus. Dabei wird es in dem Ordel selbst nicht mit dem Contract unmittelbar in Verbindung gebracht, sondern mit dem ute sinen weren let. Wir werden uns also mit dem Sinne des freiwilligen Lassens aus seinen Wehren etwas näher beschäftigen müssen. Dies führt uns nothwendig auf die Förster'sche Ansicht a. a. O. S. 108 ff. zurück, der gewiß sehr richtig meint, es sei auch im Altgermanischen Sachenrecht auf den Willen das Meiste angekommen, wobei wir es vor der Hand nur im Allgemeinen nicht billigen können, wenn er zunächst nur den Willen des Empfängers in Betracht zieht. Auch darin kann ich ihm nicht beipflichten, wenn er eine Stelle, die er blos im Lübischen und Stader Recht gefunden hat, und in der er die allgemeine Regel erkennt, was man freiwillig gelobt, müsse man leisten, es möge Einem noch so schwer werden, für seine Behauptung geltend macht, daß die Verantwortlichkeit des Depositars davon abgehangen habe, ob ihm die Sache angetragen, oder er sich derselben unterwunden.

Die Stelle steht in unserem Statut von 1270 VI, 14:

So wat een man deme anderen louet mit motwillen vmbedwungen, dat schal he eme to rechte lesten, it sy an kope, it sy an hure, vnde in allen dingen.

und ebenso 1292 G, 13. 1497 L, 2. Stad. V, 13 (Puf. I app. p. 194). Rig. 69 (Puf. III app. p. 246) Cod. Lub. Hach. III, 309. Mir scheint, um nicht dieses Ordel in dem Sinne zu verstehen, wie Förster, darauf hätte schon die einfache Reflexion führen müssen, daß alsdann das Ordel sehr überflüssig, und es unbegreiflich gewesen wäre, warum es in einer Sammlung, die, wie namentlich unser altes Statut und alle daraus abgeleiteten, hauptsächlich das nationale Recht einprägen und festhalten sollte [1]), und die gewiß nicht überflüssige Vorschriften aus dem Gedächtniß aufgenommen haben wird, Platz gefunden haben sollte. Man muß aber doch sagen, daß der Satz, man solle, was man einmal gewollt hat, leisten, sich von selbst verstände, zumal unter unseren Vorfahren, bei denen die Allgewalt des Willens ohne Weiteres bereits hinreichend anerkannt war. Vielmehr enthält das Ordel eine Vorschrift, welche für alle Städte Sachsens unentbehrlich war. Mit Recht verweist Lappenb. in seinen Rechtsalterth. Bd. 1 S. 31 hier auf den Sachsensp. 1, 7. Man bringt bei der Interpretation unserer alten Ordele viel zu wenig das National-Sächsische Princip in Anschlag: Was man nicht vor Gericht thut, das hat keine Gültigkeit, wenn man sich demselben durch den Eid entziehen will. Vgl. meine Vorträge 1, 2, 350. Nun mußte im städtischen Verkehr, namentlich beim Kauf und bei der Miethe, es sich häufig ereignen, daß diese Contracte nicht vor Gericht geschlossen wurden. Es stellte sich somit die Nothwendigkeit heraus, solchen für Handel und Wandel, so wie für das erste Bedürfniß des Lebens, für Wohnung und Obdach, wesentlichen Verträgen auch dann, wenn sie aussergerichtlich geschlossen wurden, eine rechtliche Wirkung beizulegen. Dies mußte jedoch, da es dem Nationalrecht derogirte, ausdrücklich festgesetzt werden. Daher unser Ordel, wo man nicht übersehen darf, theils daß es gebietet, man soll zu Recht, d. h. vor Gericht das leisten, was man freiwillig, ungezwungen, aussergerichtlich, Mann gegen Mann gelobt [2]) hat, theils daß es zunächst grade des Kaufes und der

---

1) Diesen Zweck erkennt wenigstens gewissermaaßen auch Lappenb. Vorr. zu den Hamb. R. A. S. LXXXVII an.

2) Das louen (vgl. unten § 78) kommt als synonym mit willkühren, also in der Bedeutung von freiwillig verabreden oder zusagen,

Miethe gedenkt, und zu diesen Contracten eine General-Clausel hinzufügt. Auch ist es gewiß charakteristisch, daß es heißt, it sy an kope, it sy an hure, vnde in allen dingen, wodurch auf alle Nebenberedungen bei diesen Contracten hingewiesen wird [3]).

Eben weil es bei diesem Ordel nur darauf ankam, zu widerlegen, als ob aussergerichtliche Verabredungen keine gerichtliche Wirkung hätten, und weil ferner das Ordel aus einer Zeit stammt, wo schriftliche Verträge so selten waren wie die Schrift überhaupt (vgl. Vorträge 1, 1, 198 ff.), so war es auch nicht nothwendig, die Art und Weise, wie das Louen geschehen mochte,

---

auser unserer Stelle im Statut von 1270 noch fünfmal vor I, 5. VII, 7. 8. VIII, 1. IX, 7. Sonst heißt loff Erlaubniß, so in der Redensart erue loff I, 8. III, 10. IV, 2, wofür sonst auch orloff steht I, 9. XIII, 3. 7. Verloben bedeutet louet III, 13, so wie auch im Recesse von 1529 Art. 32 Löffte Verlöbniß heißt. In allen diesen Formen tritt die Freiwilligkeit entschieden hervor, weshalb das mit motwillen (vgl. XIII, 17 a. E.) hier als ein besonders bedeutender, emphatischer Zusatz angesehen werden muß.

3) Paulsen meint in der bereits oben in der Einleitung allegirten und später § 77 ff. weiter zu prüfenden Abhandlung über Bürgschaft, Zeitschr. 2, 143 ff., besondere Formen wären in den frühsten Zuständen eines Volks überhaupt für die Wirksamkeit der Verträge nothwendig, und erst mit dem Fortschritt der Bildung und der Erweiterung des Verkehrs würden die Formen verdrängt. Allein mir scheint diese Behauptung nicht einmal aus der Römischen Rechtsgeschichte, wo die Formular-Jurisprudenz nicht im Volksleben selbst wurzelte, sondern nur dem Einfluß der Prudentes beigemessen wird, vgl. Puchta Institutionen § 78 Bd. 1 S. 309 ff., nachweislich. Wenn aber unser Altsächsisches Recht streng an der gerichtlichen Anerkennung von Verträgen festhielt, wovon unser 1270 VI, 14 eine Ausnahme, und dem Bedürfniß des Verkehrs eine besondere Concession machte, so lag der Grund von jener Regel wohl nicht in einer Vorliebe für Formen, sondern eben in der großen Ausdehnung des Rechts der Gewalt und Selbsthülfe, das nur durch das ebenfalls nationale Princip, die Schuld mußte vor Gericht anerkannt sein, um zu solchen Wirkungen zu führen, in Schranken zu halten war, so wie der Grund der Ausnahme und ihrer ausdrücklichen Erwähnung darin zu finden ist, daß man nicht wagte, bestimmt zu sagen, Eigenmacht und Selbsthülfe sei in einem solchen Falle unstatthaft, sondern selbst dann nur einer gerichtlichen Erfüllung gedachte, wenn freiwillige Verbindlichkeiten eingegangen waren.

ob in Rede oder Schrift, ob vor Zeugen und vor welchen Zeugen, genauer zu bezeichnen. Hier hielt die Glosse zum Stadtr. von 1497 es nöthig, umständlicher zu sein. Aber 1605 ist das Ordel weggeblieben, vermuthlich weil damals das alte Sächsische Princip, dem es seine Entstehung verdankte, aus dem Volksbewußtsein verschwunden war, und dadurch das Ordel ganz überflüssig erschien.

§ 28.

Fortsetzung.

Es kann also gar nicht auffallen, daß im Altdeutschen Sachenrechte Alles auf den Willen der Betheiligten reducirt worden ist. Förster hat auf den Umstand, daß bei dem Recht der Gewehr dieser Wille hauptsächlich und wesentlich in Betracht kommt nicht das erforderliche Gewicht gelegt, und ebenso wenig die sonstigen Ausleger des alten Ordels IX, 21. Gleichwohl steht, wie schon (§ 27) bemerkt wurde, das mit syneme willen grade mit dem, ute sinen weren let in directem Zusammenhang. Um nun zu ermitteln, was in dieser Zusammenstellung der Wille bedeutet haben kann, ist es erforderlich, hier einige Begriffe vorauszusetzen, deren genauere Erörterung ich an eine andere Stelle meiner Vorträge (§ 49) verweisen muß, weil sie dort in einem unzertrennten und übersehlichen Zusammenhange gegeben werden kann. Es muß wohl nämlich viel schärfer, als es bisher von irgend einem Germanisten, selbst Phillipps[1]), der mir scheint der geschichtlichen Wahrheit am nächsten gekommen zu sein, nicht ausgenommen, geschehen ist, der Unterschied hervorgehoben werden, welcher zwischen Besitz und Gewehr Statt findet, und andrerseits darf der letztere Begriff nicht in der doctrinären Bestimmtheit und Ausbildung aufgefaßt werden, wie es namentlich von Albrecht geschehen ist, wie sehr man auch alle Ursache hat, das große Verdienst dieses Germanisten um die Lehre von der Gewehr anzuerkennen[2]). In der Redensart

---

1) Deutsches Privatr. 1, 520 ff.

2) Das künstliche und scharfsinnige System Albrecht's in seinem Werke über Gewehr, worin er eine große Anzahl verschiedener Gewehre ermittelt, und ihnen besondere Eigennamen entweder aus den Quellen zuzuweisen sucht, oder geradezu erfindet, muß meines

ute sinen weren laten hat man, wie mir scheint, mit Unrecht ein lokales Verhältniß, eine Detention darin als sich von selbst verstehend vorausgesetzt. Mußte es auffallen, daß sich nirgends in den alten Rechtsquellen der Ausdruck, der jetzt doctrinär so üblich ist, Recht der Gewehr findet, so bleibt fast nichts anders übrig, als den Begriff dieses Rechts in jener Redensart zu finden. Sein Recht der Gewehr, das Recht der Vertheidigung aufgeben: das ist ihr einfacher Sinn, wobei der Bezirk, der Ort, wo man es bisher hatte, nicht in Betracht kommt. Zwar ist es richtig, genetisch das Recht der Gewehr von den Berechtigungen des Bezirks herzuleiten, innerhalb dessen der Germane sein Vertheidigungsrecht ausüben, und auf die daselbst befindlichen Personen und Sachen ausdehnen konnte. Allein das Recht der Gewehr als der abgeleitete Begriff setzt nicht die Lokalität des Bezirks als Merkmal voraus. Das in sinen weren beuet unseres Ordels will nicht sagen, daß nur dann die Consequenzen, die nachher geschildert werden, eintreten, wenn der Empfänger die Sache in dem Bezirk, wo er Frieden genoß, und Selbsthülfe ausüben konnte, habe, sondern nur daß er das Recht der Vertheidigung daran, daß er die Sache in seiner Gewalt, in seinem Schutz, in sinen weren, habe.

Wenn man nun in diesem Ordel in Anschlag bringt, daß insbesondre bei Demjenigen, der das Recht der Gewehr an einer Sache einem Andern überläßt, der Wille hervorgehoben wird; so ergiebt sich, daß auch darin mit Hülfe dieses Ordels von Förster's Ansicht abgewichen werden muß, welcher Alles auf den Willen des Empfängers ankommen ließ. Zunächst hebt unser

---

Erachtens als dem alten und reinen Germanischen Rechte fremd verworfen werden. Abstrahirt man von dem Bestreben, überall, wo das Wort Gewehr vorkommt, eine Beziehung zu den Römischen Rechtsbegriffen von Detention, Besitz, Eigenthum, Realrecht ꝛc. darin zu ermitteln, und faßt man es lediglich aus dem Gesichtspunkte eines Rechts auf, die Sache vertheidigen zu dürfen; faßt man das Verhältniß bei einer abgeleiteten Gewehr ins Auge, das der Wille des bisherigen Gewehrsberechtigten bestimmt; abstrahirt man dann noch von der processualischen Natur dieser verschiedenen Rechtsverhältnisse: so dürfte man der Wahrheit am nächsten kommen, welche bei einem solchen Germanischen Urrecht gewiß einfach ist.

Ordel ausdrücklich grade umgekehrt nur den Willen des Veräusserers hervor. Es mag sein, daß es des Empfängers in dieser Beziehung nur darum nicht speciell gedachte, weil sein Wille sich ohnehin von selbst verstand. Daß der Wille der handelnden Personen überhaupt bei ihren Beziehungen zu einer Sache entscheidend gewesen ist, das läßt sich schon daraus abnehmen, daß, wie Wilda richtig bemerkt, im Altgermanischen Rechte die Beziehung der Persönlichkeit zur Sache viel wirksamer und deutlicher hervortritt, als im Römischen Sachenrecht.

Wenn nun Jemand sich des Rechts, eine Sache zu vertheidigen, freiwillig entäusserte, wenn ein Anderer dieses Recht freiwillig übernahm: so war es ganz natürlich, daß ganz andere Rechtsverhältnisse eintraten, und diese grade sind es, mit deren Ordnung das erwähnte Ordel sich eigentlich beschäftigt. Wenn Jemand irgend ein Gut aus seinen Wehren läßt, so kommt es zunächst darauf an, was er dabei gewollt hat. Wollte er einem Andern das Vertheidigungsrecht, das er bisher daran ausschließlich ausgeübt hatte, in dieser speciell erweislichen Ausdehnung überlassen, nahm dieser mit derselben Absicht die Sache an sich: so steht dem früheren Inhaber des Vertheidigungsrechts kein weiteres gerichtliches Verfahren, als nur eine Civilklage gegen den Empfänger zu. Daß nur von der Civilklage die Rede ist, nicht von der Criminalklage, habe ich bereits Vortr. 1, 2, 358 nachgewiesen. Es durfte der Veräusserer somit auch das Recht der Gewalt und Selbsthülfe nur noch in einem beschränkteren Maaße geltend machen, eben weil ihm sein eigener freier Wille entgegenstand. Er sollte nur noch vor Gericht laden dürfen, vorderinge hebben. Man hat bisher diesen Umstand ebenfalls in dem alten Ordele nicht gehörig gewürdigt. Es ist nicht etwa der Gegensatz darin zu suchen, daß dem Veräusserer die Realklage, der Anfang abgeschnitten wäre, und er nur noch hätte eine persönliche Klage gegen seinen Empfänger gehabt. Vielmehr liegt der Gegensatz darin, daß der Veräusserer nun durch seinen eigenen freien Willen das Recht der Selbsthülfe eingebüßt hatte, und nur gerichtliche Schritte sich erlauben durfte. Wir erblicken in dem Ordel also eine abermalige Spur von dem Bestreben, dem maaßlosen Nationalrechte der Selbsthülfe (§ 1) Gränzen

zu ziehen. Es scheint bei einer solchen Auffassung übrigens das alte Ordel nicht urgirt werden zu dürfen. Man überging hier die Fälle, die sich von selbst verstanden, um die Ausnahme nicht zu beschränken, indem man sie aufstellte. Was namentlich in dem Fall, wenn die Sache als ouve oder Raub angesprochen werden konnte, als Recht anzuerkennen sei, darüber wollte und sollte die Vorschrift nichts abschneiden noch einräumen.

Welcher Contract aber der freiwilligen Entäusserung der Gewehr voraufging, kam nur in Betracht, sofern daraus der Wille, der über den Umfang der Entäusserung und der Rechtsverhältnisse der Sache entschied, zu erklären ist. Nun ist allerdings zunächst beim Commodat der Wille, daß der Commodatar die Sache benutzen, somit auch vertreten und vertheidigen soll. Allein auch bei der Satzung findet ein Gleiches Statt. Der Pfandgläubiger soll sich aus dem Pfand bezahlt machen, er soll über die Sache verfügen, er muß sie also auch vertreten und vertheidigen. Wenn er nun über dieselbe verfügt, in einer Weise, wie dies eigentlich nicht in dem Sinne desjenigen Contracts liegt, der die Entäusserung der Wehre veranlaßte, so ist es nicht etwa zur Verhinderung unnützer, zur Vermeidung beschwerlicher Disputation, wie unser neustes Statut (II. 4, 1) sagt, oder zur Beförderung des Handels, wie Viele meinen (vgl. Stat. II, 4, 1), daß dem ersten Inhaber der Gewehr die Civilklage abgesprochen worden ist, sondern es war eine ganz natürliche und nothwendige Folge eben seiner freiwilligen Entäusserung des Rechts, über die Sache zu verfügen und sie zu vertheidigen. Was später in das Ordel hineingetragen ist, wie der Rechtssatz sich später mit dem Aufkommen des Begriffs vom Römischen Eigenthum und Vindicationsrecht weiter ausgebildet und entwickelt hat, kann hier noch füglich ausser Acht gelassen werden.

§ 28 a.

Grundsätze über Verantwortlichkeit des Empfängers.

Eine andere natürliche Selbstfolge der Entäusserung der Gewehre war die Verantwortlichkeit des Empfängers, welche daher hierauf, und nicht etwa auf den Nutzen, den dieser davon hatte, oder auf die Römischen Begriffe von culpa und diligentia

zurückgeführt werden muß. Wie fremd dem Altgermanischen Recht die Zurechnungslehre des Römischen Rechts oder gar diejenige unserer Rechtsphilosophie gewesen ist, habe ich Vortr. 1, 2, 339 ff. umständlich nachgewiesen. Wenn ein Schaden entstanden war, so kam die geistige Beziehung der Personen, die dabei concurrirten, zu demselben nur dann, wenn ihre Absicht, ihre Verschuldung äusserlich erkennbar war, und nur in so weit in Betracht, daß von Modificationen oder Graden nicht weiter die Rede war. Jemand kam entweder für den angerichteten Schaden auf, oder nicht. In der Regel kannte man ein Drittes nicht. Zunächst kam es freilich auch hier auf den Willen der Betheiligten an, wie er sich über die Verantwortlichkeit ausgesprochen hatte. Auch in der Lehre vom Schadensersatz galten die Vorworte, d. h. die Verabredungen unter den Partheien vor allen sonstigen Rechtsregeln, vgl. unser Statut von 1270 XII, 12, 3 a. E. mit VI, 27, 3 a. E. Die Phrase unseres neusten Statuts II, 8, 17 „es wären denn ihre Vorworte anders" ist uralt, und hat eben darum im Altgermanischen Rechte noch eine emphatischere Bedeutung, als in jedem anderen Rechte, weil, wie erwähnt, der Wille und die Persönlichkeit bei unseren Vorfahren eine ganz besondere Berücksichtigung in allen, auch in den sogenannten realen Rechtsverhältnissen fand. In diesem Sinne ist die bereits in meinen früheren Vorträgen 1, 2, 352 erörterte allgemeine Regel VI, 13, 3 wichtig: Wer willekoret en man den anderen schadelos uttonemende vor twen ratmannen, van welken stucken dat si, dar ne mach he nicht vore sweren, is it den ratmannen witlik, d. h. wer die Verbindlichkeit zum Schadensersatz auf sich nahm, mußte dies vor zwei Rathmännern thun, und diese das bezeugen können.

Wenn nun aber Albrecht die Gewehre S. 135 meint, es sei darauf angekommen, wer bei Contractverhältnissen den Vortheil von dem Geschäft gehabt, um danach seine Verantwortlichkeit für einen entstandenen Schaden zu bestimmen; wenn Förster a. a. O. S. 108 dagegen die Ansicht aufstellt, es sei dieser Vortheil blos oder doch zunächst darum in Anschlag zu bringen gewesen, weil man annahm und wohl gar annehmen mußte, wer den Vortheil von dem Geschäft meist oder allein gehabt, habe

auch den Willen gehabt, die größere oder alleinige Verantwortung für den Nachtheil oder Verlust zu übernehmen, der Wille des Empfängers sei in Anschlag gebracht worden, und zwar dermaaßen, daß man dabei berücksichtigt, ob er von freien Stücken oder durch fremde Anregung in dies Verhältniß getreten: so glaube ich, man muß noch weiter gehen, und, wo nicht Verabredungen vor Rathmännern, welche den gerichtlichen bei uns gleich standen, vorlagen, zwar den Willen der Contrahenten bei der Bestimmung ihrer Haftpflicht berücksichtigen, aber nicht dabei stehen bleiben, was der Empfänger wirklich oder möglicher Weise gewollt, und ob er oder sein Mitcontrahent mehr oder weniger Vortheil davon gehabt hat. Diese letztere Rücksicht, man mag sie nun mit Albrecht unmittelbar, oder mit Förster in Hinsicht auf den Beweis des Willens des Empfängers nehmen, rührt aus einer Rechtsauffassung her, die ich nicht für ächt und rein Germanisch halte. Mir scheint es eine viel zu philosophische Abstraction zu sein, wenn man räsonnirt, bei diesem oder jenem Rechtsgeschäfte ist, wenn es ganz rein aufgefaßt wird, der Vortheil lediglich auf der Seite des einen oder des andern Contrahenten, und daher regulirt sich die allgemeine Rechtsregel der Haftpflicht nach dieser ideellen Auffassung. Im Leben finden sich niemals oder äusserst selten so abstracte Rechtsgeschäfte. Wer einem Andern eine Sache anvertrauet, wer ihn veranlaßt, sie aufzubewahren, beabsichtigt sogar meistens auch den eigenen Vortheil; wer von einem Andern den Gebrauch uud Genuß einer Sache sich verschafft, ist nicht immer derjenige Contrahent, welcher allein seinen Vortheil dabei im Auge hat. In der Praxis ist bei keinem rechtlichen Geschäft Großmuth oder alleinige Berücksichtigung des Vortheils seines Nebenmenschen als Regel anzunehmen. Somit verliert man den praktischen Boden, wenn man aus der Auffassung des reinen Rechtsbegriffs eines Contracts, für das Germanische Recht Consequenzen ableitet.

Ausserdem kann nicht entschieden genug davor gewarnt werden, aus jeder Rechtsquelle des Mittelalters Germanische Grundsätze abstrahiren zu wollen. Die Stelle des Canonischen Rechts c. 2 X. depositi (3, 16) kann weder zur Bestätigung, wie Madai Zeitschr. 8, 150, noch zur Verdeutlichung unseres alten

Germanischen Rechts, wie Förster a. a. O. S. 110 die Stelle benutzt, allegirt werden, weil sie, und diesmal ganz unverkennbar, auf Römische Rechtsansichten sich stützt. Wenn in den Capitularien VII, 298 (Förster a. a. O. S. 110) der Commissionär, der eine Sache zum Verkauf übernahm, für den Verlust derselben haften soll, so geschieht dies, weil er es ausdrücklich versprochen hatte dafür aufzukommen (promittente eo qui accepit), und somit ist nichts hier gesagt, als was sich auch nach rein Germanischer Rechtsanschauung ergeben müßte.

Daß endlich die Haftpflicht nicht danach ermessen werden kann, ob der Contrahent Vortheil bei der Sache hatte, oder nicht, daß also auch in dem Falle des Commissionärs 1292 H, 23 der Umstand, ob er Lohn erhält, nur ein Nebenumstand ist, bestätigt sich aus dem von Cropp Beitr. 2, 1, 78 erwähnten Falle des Schneiders. Auch ihm ist der Stoff gegeben, um Etwas damit für Geld vorzunehmen. Nichtsdestoweniger kommt dieser Umstand bei der Beurtheilung seiner Rechtsverhältnisse schon in den Braunschweigischen Statuten von 1232 so wenig in Betracht, daß er, wenn er den Stoff verkauft oder versetzt, sogar als Verbrecher gilt. Die Vorschrift des Revidirten Lübischen Rechts, die Cropp a. a. O. S. 75 in Bezug nimmt, weil dort der Umstand besonders hervorgehoben wird, ob der Deponent sein Gut dem Andern ohne einigen Vortheil oder Gewinn ließ, trägt in die Materie unverkennbar neuere, romanisirende Ansichten hinein.

§ 29.

Von den Contract to holdende don.

Vielmehr muß man auch hier auf unser altes Ordel 1270 IX, 21 recurriren, weil dies unbestreitbar altes und rein Germanisches Recht enthält. Es kommt, um die Haftpflicht des Empfängers einer Sache für den Fall, daß sie verloren geht oder verdorben wird, zu bestimmen, sowohl darauf an, wie weit der Geber sein Vertheidigungs- und Schutzrecht an der Sache aufgeben, als wie weit der Empfänger es übernehmen wollte. Ausserdem mußte aber beim Depositum auch nach dem Germanischen Rechte darauf Rücksicht genommen werden, daß der Geber die Sache nicht nur nicht aus seinen Wehren gänzlich lassen

wollte, sondern dem Andern ein besonderes Vertrauen schenkte (vgl. § 6 zu VI, 28), dieser sie zwar nicht gänzlich in seine Wehren aufnehmen wollte, dagegen aber das ihm geschenkte große Vertrauen zu rechtfertigen hatte. Darum haftet der s. g. Treuhändler[1]) in der Regel für den Schaden oder Untergang der Sache. Bei dem Willen kam also noch das besondere Vertrauen in Erwägung, welches dem Treuhändler geschenkt ward. Nur wenn er beweisen konnte, daß er gar keine Schuld gehabt, war er von der Ersatzpflicht frei. Es machte keinen Unterschied, welche Zufälle den Schaden oder den Untergang der Sache herbeigeführt hatten. Wenn die alten Ordele namentlich vier Fälle, Diebstahl und Raub, Brand und Viehsterben hervorheben, so trägt man in die einfache Germanische Rechtsanschauung viel zu künstliche Begriffe hinein, wenn man darauf, daß diese Fälle besonders genannt werden, ein besonderes Gewicht legt, oder gar mit Förster S. 125 ff. zwischen diesen Fällen besondere Unterscheidungen zu erspähen sucht. Dagegen distinguirte man sehr entschieden zwischen Vieh und andern Sachen. Bei andern Sachen verlangte das alte Recht ein äusseres Kennzeichen, um zu bestimmen, ob dem Treuhändler eine Schuld zuzumessen sei. Dies bestand darin, daß man Alles darauf stellte, ob er seine Sachen ebenfalls verloren hatte, oder nicht. Wie roh dieser Gesichtspunkt, diese Rücksicht auf einen rein äusseren Umstand Behufs Ermittelung subjectiven Verschuldens aufgefaßt worden ist, habe ich schon Vortr. 1, 2, 356 hervorgehoben. Ob die Sache des Treuhändlers oder die ihm anvertrauete im Allgemeinen oder Besondern einen größeren Werth für den Dieb oder Räuber hatte, ob sie leichter zu entwenden war, ob im Fall eines Feuers die Eine oder die Andere leichter verbrennen konnte, welche Sorgfalt überhaupt der Treuhändler wirklich angewandt hatte: das blieb Alles ausser der rechtlichen Betrachtung. Hatte er sein Gut nicht ebenfalls eingebüßt, so half es ihm nicht einmal, ob er auch

---

1) Ich sage, der sogenannte, da der Ausdruck Treuhändler im Deutschen Recht eigentlich mehrere Rechtsverhältnisse begreift, und sich nicht auf das Depositum beschränkt, vgl. Albrecht die Gewere S. 231 ff. Nach Förster's u. A. Vorgange bediene ich mich aber hier des Worts zur speciellen Bezeichnung des Depositars.

sonst beschwören konnte, daß er keine Schuld an dem Schaden oder Verlust habe. Er mußte nach 1270 XII, 12, 1 haften, ohne daß von irgend einer Unterscheidung sich eine Spur in diesem Ordele findet.

War aber Vieh anvertrauet worden, so hatte man hier für den Fall, daß es starb, daß es also ein gewöhnliches, vorausgesehenes, sich auch bei dem Herrn desselben zutragendes Ereigniß bestand, die singuläre Bestimmung, daß zwar selbst auch dann der Treuhändler für diesen Zufall haftete, aber nicht zu schwören brauchte, es sei auch sein Vieh gefallen, eben weil es ein demselben seiner Natur nach nicht fremder Zufall (der gemeine tot, wie der Schwabenspiegel 212 sagt) war, sondern er beschwor nur seine Unschuld, um von aller Verantwortung frei zu sein. Es wird hier kein weiterer Unterschied gemacht; es kam namentlich nicht darauf an, wo dem Vieh der Unfall zugestoßen war, ob im Stall oder ausserhalb desselben.

Ebensowenig macht das alte Ordel, es mochte nun Vieh oder sonst eine Sache anvertrauet sein, einen Unterschied, ob dies unentgeltlich geschehen war, oder einer der Contrahenten, sei dies der Empfänger oder der Herr der Sache, einen Lohn oder Preis dafür erhielt.

§ 30.

Fortsetzung.

Dieses alte Ordel findet sich in derselben Gestalt auch wieder in unserem Statut von 1292 P, 12. 1497 L, 9, ferner im Stad. XI, 11 (Puf. I app. p. 227) Rig. 155 (Puf. III app. p. 272) (vgl. auch das ältere Rigische Stadtrecht bei Oelrichs 1, 20, für dessen Quelle Madai Zeitschr. 8, 140 das Hamb. Stadtrecht erklärt) Lub. Cod. Hach. III, 404. Brem. 1433 ord. 60 (p. Oelr. 528) Verd. 59 (Puf. I app. p. 98).

Ich möchte dieses Ordel für älter halten als den Sachsenspiegel, oder richtiger die Hamb. Redaction desselben für älter als die des Landrechts, wo der Unterschied zwischen Vieh und anderen Sachen fehlt, daß hier vom Treuhändler auch zu beschwören war, es habe derselbe das Seinige ebenfalls eingebüßt. Es ist sehr bemerkenswerth, daß diese Distinction in allen Hand-

schriften sowohl des Hamburgischen als desjenigen Lübischen Rechts, hinter welchem das Hamb. steht (vgl. Hach p. 546. 547), und ebenso in jenen übrigen Statuten, endlich auch in den Hamb. Statuten von 1292 und 1497 beibehalten ist, ungeachtet der Sachsenspiegel sie nicht hat, und daß sich hier nicht eine einzige Variante findet, ausser daß theils das Stad. Statut gewiß sehr merkwürdiger Weise das Ordel so anfängt:

So welc man deit dheme anderen sin goet to holdende ofte in jenighen stuken verhuret,

woraus also geschlossen werden könnte, daß man keineswegs die Contracte so scharf distinguirt habe, sondern vielmehr auf das Anvertrauen, auf die Treue und Sorgfalt, die der Empfänger zu verwenden hatte, er mochte nun Geld dafür geben (Hauer) oder erhalten, Rücksicht genommen sei; theils daß für das ane syne schult ein Codex des Lübischen Rechts (Hach. l. c.) synen dank, und das Rigische Stadtrecht bei Oelrichs, das schon dadurch einen späteren Ursprung beurkundet, sogar ane syne wilschop liest, was auf den dolus des Römischen Rechts hinausläuft.

Ferner ist höchst merkwürdig der Tadel dieser Distinction zwischen Vieh und andern Moventien bei Denen, die bereits Römisches Recht in sich aufgenommen haben, so das Rechtbuch nach Distinctionen (der vermehrte Sachsenspiegel IV, 42, 18, vgl. Madai Zeitschr. 8, 133. 134) und der Schwabenspiegel 191 (vgl. Förster Zeitschr. 9, 115). Auch Pöhls in den hiesigen Rechtsfällen über Handelsrecht Th. 3 S. 34 Anm. 44 macht darauf aufmerksam, daß der Schwabenspiegel und der vermehrte Sachsenspiegel jene Distinction verwerfen, aber motivirt diesen Tadel nicht näher. Vgl. dagegen meine Vorträge 1, 2, 355 § 16.

Um so weniger darf es uns, da auch dem Sachsenspiegel schon diese Distinction fehlt, Wunder nehmen, daß die Glosse zu unserem Statut von 1497 L, 9 p. Lappenb. 283 den Zusatz syn gud darmede gradezu rügt, und entweder für müssig oder nur dann für verständlich hält, wenn man ein „besonders" (maxime) in dem Falle ꝛc. in dem Text supplirt; daß ferner unser neustes Statut von 1605 2, 3, 2, ungeachtet demselben unstreitig das alte Ordel zum Grunde liegt, den Unterschied ganz ausgemerzt hat.

§ 31.

Fortsetzung.

So wie ich nun in dem erwähnten Ordel von 1270 XII, 12, 1 älteres Germanisches, vom Römischen Einflusse freigebliebenes Recht zu erkennen meine, so scheint mir dagegen Römisches Recht seinen Einfluß schon ausgeübt zu haben bei einer Vorschrift, deren ich ebenfalls schon in meinen früheren Vorträgen 1, 2, 355 gedachte, ohne damals einen Umstand zu beachten, der jetzt erst aus der Lappenb. Ausgabe unserer alten Statuten klar geworden ist. Es findet sich nämlich zuerst im Statut von 1292 H, 23 die Vorschrift, daß, wenn irgend ein Gut zur Aufbewahrung für Lohn ausgethan wird, der Treuhändler, der es verliert oder dem es gestohlen wird, dafür aufkommen muß, und nur den Lohn, der ihm gebührt, soll abziehen dürfen. Wir ersehen nun aus Lappenb. p. 140, daß dieser Artikel in der Handschrift, deren Alter er nicht über den Anfang des 14. Jahrhunderts hinaussetzt (vgl. pag. CXVI) von „etwas neuerer Hand" geschrieben ist (vgl. pag. 140). Der Artikel findet sich denn auch 1497 L, 8, und zwar hier freilich vor dem alten Ordel von 1270, dessen wir bereits gedachten, aber doch mit demselben zusammen, und so, daß die Glosse zu 1497 pag. Lappenb. 283, so weit sie verständlich ist, den Unterschied sich veranlaßt findet dahin anzugeben, daß, weil der Treuhändler Geld dafür nimmt, daß er das Gut in guter Hut und Bewahrung halten wolle, es deshalb ihm nicht zur Entschuldigung gereiche, wenn er das Seinige mit verloren, weil er sich freiwillig für Geld verpflichtet, besser für das Fremde als das Seinige zu sorgen. Es scheint also freilich auch hier das Princip sich noch geltend gemacht zu haben, daß der Wille der Partheien in Betracht zu ziehen ist, um ihre Verantwortlichkeit zu bestimmen, und man scheint aus der Geldentschädigung geschlossen zu haben auf einen größeren Grad von Verantwortlichkeit; aber scheint sich darüber nicht klar geworden zu sein, ob nun der Treuhändler selbst dann, wenn er schwören konnte, ihm sei die Sache ohne seine Schuld gestohlen oder weggekommen, haften mußte. Vielmehr scheint grade der Umstand, daß man nicht recht weiß, in welches Verhältniß man die neue Vorschrift zu dem alten Ordel bringen will, auf den Einfluß des fremden

Römischen Rechts, dem die neue Vorschrift ihr Dasein verdankt, unwiderstehlich hinzuweisen, und so möchte ich gerade daraus, daß der Fall, wo Jemand einem Amtsmeister „sein Gut zu machen thut," bereits im Statut von 1270 VI, 16 erwähnt, und dort nur gesagt wird, für wie viel der Handwerker es versetzen, sein Hauswirth sich daran halten kann (vgl. oben § 16. 17), aber keineswegs über die Haftpflicht des Handwerkers etwas Besonderes bestimmt wird, folgern, die Verantwortlichkeit des Treuhändlers nach altem Rechte sei unverändert dieselbe gewesen, er mochte nun Lohn erhalten, und dafür das Gut versetzen dürfen oder nicht, so wie denn überhaupt der Contract zwischen den Partheien für die Haftpflicht des Empfängers einer Sache nur in so weit in Betracht kam, als daraus der Wille sich ergab, dieselbe aus seinen Wehren zu lassen und in seine Wehren aufzunehmen. Wer dem Andern das Vertrauen schenkte, eine Sache, über die man das Vertheidigungsrecht behielt, zu behüten, konnte nur dann die Sache einbüßen oder ihren Schaden erleiden, wenn der Treuhändler den mehrerwähnten Schwur zu thun im Stande war.

§ 32.

Fortsetzung.

Ehe ich den Aufbewahrungs-Contract verlasse, muß ich noch ein Paar Gesichtspunkte dabei erörtern, welche grade von dem Standorte des Mikrokosmus ab, den ich hier festhalte, um Alt-Hamburgisches, und somit Altgermanisches Recht vom Römischen Einflusse rein zu ermitteln, — eine richtigere Auffassung nunmehr gestatten, als ihnen bisher zu Theil geworden sein dürfte.

Ich komme noch einmal auf das Ordel 1270 VI, 16 zurück, da ich eine Eigenthümlichkeit desselben bisher noch nicht hervorgehoben habe, nämlich daß es dem Treuhändler, welcher für Lohn eine Sache in Bewahrung nimmt, den Versatz derselben gestattet, und nur dies Dispositionsrecht auf den Betrag des Lohns beschränkt. In dieser Beziehung ist eine Uebereinstimmung zwischen diesem Ordel und der übrigens weit jüngeren Vorschrift 1292 H, 23 unverkennbar. Wenn aber hier offenbar auch dem Treuhändler, wenn er für Lohn die Sache erhält, eine Ver-

äusserung derselben gestattet wird, so kann gewiß nicht in jeder Art der Veräusserung ein diebliches Behalten angenommen werden, wie dies gleichwohl Cropp Crim. Beitr. 2, 1, 77 gethan hat.

Es ist dies zunächst darum wichtig, weil die von ihm dort allegirten Stellen in den alten Braunschweigischen Statuten von 1232, wonach der Schneider, welcher ihm zur Verarbeitung gegebenes Tuch (want, wie in unserem Plattdeutschen Baierwand) verkauft oder versetzt, als Verbrecher verfolgt werden soll, und die Stelle im Lübischen Recht (Cod. Hach. II, 195), wonach Derjenige, dem Gut zu machen gegeben ist (ghut deit to makende), falls er es verliert, für den Werth haften soll, nur dahin verstanden werden dürfen, daß in dem ersten Falle der Schneider über den Betrag seines Lohns hinaus über das Tuch verfügte, und in dem zweiten Falle der Handwerker nur für den Werth aufkommt nach Abzug seines Lohnes. Uebrigens erkennt man in der Lübischen Vorschrift bereits den, ich möchte sagen, mechanischen Einfluß eines fremden Rechts, indem dort der Fall so construirt wird, daß de it maken schal das Gut verliert mit sineme ghude na deme dat he dar lones afwarde is, daß der Treuhändler also das Seinige damit verlor, und der Deponent bereits im Verzuge war, weil jener den verdienten Lohn abwartete. Ungeachtet dieser Umstände, welche nach dem rein Germanischen Recht den Treuhändler von allem Ersatz befreiten, wenn er schwor, daß der Verlust ohne seine Schuld geschah (vgl. § 29), soll er doch haften, weil das neuere Recht in dem Ausbedingen des Lohns die seinseitige Uebernahme einer unbedingten Verantwortlichkeit erkannte, wiewohl dies neuere Recht darin offenbar noch unter dem Einflusse des alten blieb, welches von der Zurechnung so wenig wußte, daß es nicht unterschied, ob der Lohn für das Aufbewahren an sich, wie in dem Falle eines bloßen Depositums, oder für die Verarbeitung des anvertrauten Stoffes, wie in dem Falle des Handwerkers, gegeben werden sollte. Daß hier kein Unterschied zwischen den verschiedenen Zwecken, wofür der Lohn galt, gemacht wurde, beweist auch das sonderbare Gemisch von altem und neuem Recht in der Vorschrift 1292 H, 23. Hier geht man noch weiter als in der angeführten Lübischen Stelle, indem in dieser nur der

Lohn, der bereits verdient und fällig ist, dort aber der erst zu verdienende Lohn, ehe die Waare verkauft ist, in Anschlag gebracht wird. Umstände, die sattsam darthun, wie wenig die neue Rechtsansicht selbst ins Rechtsleben eingedrungen war. Es ist deshalb auch gewiß sehr bedenklich, nun weiter zu schließen, wie Cropp a. a. O. gethan hat, daß man in unserem älteren Rechte darauf ein besonderes Gewicht gelegt, ob der Treuhändler das Depositum aus Freundschaft oder als Geschäft übernahm. Dies sind Auffassungen, welche neuere Germanisten in das alte Recht hineingetragen haben.

So würde ich es auch bedenklich finden, eine andere Stelle des Lübischen Rechts ohne Weiteres als altes reines Deutsches Recht zu behandeln, wie Cropp S. 73 gethan hat. Er citirt sie dort noch nach dem zweiten und dritten Codex bei Brockes, wo wir jetzt theils so glücklich sind, Hachs gründliche Studien benutzen zu können, theils daraus wissen, daß wir hier Einmischung von Römischem Recht erwarten können (vgl. Hach S. 127 ff. vorzüglich S. 130 oben). Wir finden sie jetzt bei Hach Cod. IV, 53 so:

We enem anderen wat voren scholde.

Offie ein minsche dem anderen wat voren scholde aver water offte aver land, vnde he darumme gefraget worden, eft he van sulkenem manne neen gudt en hadde, unde he vorsakede des gudes, worde na der tidt wes by em gefunden, ofte in siner were, dar he den slotel tho hadde, so mochte me ene antasten vor einen deeff.

Uebrigens braucht hier auf fremdes Recht nicht einmal recurrirt zu werden, wozu man sonst um so weniger Bedenken zu tragen brauchte, weil sich in dem alten, bekanntlich sonst mit Römischem Recht reichlich geschwängerten Hanseatischen Seerechten ähnliche Vorschriften finden. Denn es ist hier einfach von dem ächt Deutschen Princip die Rede, daß wer auf Befragen den Besitz anvertraueten Gutes abläugnet, als Dieb gilt. Bemerkenswerth sind die im dritten Brokeschen, offenbar jüngeren Codex befindlichen Varianten in anderer hier nicht weiter zu verfolgender Beziehung.

Somit steht nichts im Wege, das alte Deutsche Recht so aufzufassen, daß der Treuhändler, selbst wenn er Lohn erhält, über die anvertrauete Sache verfügen darf, jedoch nur für den Betrag dieses Lohns, daß er aber als Dieb haftet, wenn er auf Befragen sie verheimlicht. Eine größere Verantwortlichkeit für den Schaden, der die Sache, sei es durch Zufall oder seine Schuld, traf, hatte er darum aber nicht, daß er Lohn erhielt.

§ 33.

Bei dem Contract lenen.

Nachdem in den vorigen §§ 30 — 32 die Altdeutschen Rechtsgrundsätze über den Contract to holdende don ermittelt sind, wenden wir uns jetzt zu dem Contract lenen.

Wir wissen schon aus der Exegese des Ordels von 1270 IX, 21 (vgl. oben § 25 ff.), daß es auch hier auf den beiderseitigen Willen Dessen, der darlieh, und der entlehnte, ankam, wenn jener die Sache aus seinen Wehren ließ, dieser sie in den seinigen hatte. In welcher Art und Weise es geschehen war, kam nicht in Betracht. Ebensowenig ward unterschieden, ob es Pferd oder Kleid war. Der Empfänger erhielt das volle Vertheidigungsrecht, dessen sich der Geber entäusserte, er durfte die Sache verkaufen, versetzen, verspielen. Daher hatte der Geber nicht das Recht, von ihm die Sache wiederzufordern, wenn er sie nicht mehr hatte. Hatte der Empfänger sie noch, so mußte er sie unverderbt zurückstellen, widrigenfalls den Schaden, das Verderben ersetzen. Hatte er sie verloren, mußte er den Werth bezahlen. Auf sein Verschulden oder gar auf Grade desselben kam nichts an. Ebenso wenig auf die etwanige Absicht des Commodatars, etwa die Sache unterzuschlagen, so wie denn überhaupt auf diese inneren Intentionen im Germanischen Rechte nichts ankommt, wenn sie nicht äusserlich in bestimmten, gesetzlich vorgeschriebenen Umständen erkennbar war (vgl. meine Vortr. 1, 2, 392). Auch kommt es nicht in Betracht, ob der Ausleiher die Zurücklieferung an eine gewisse Zeit geknüpft hatte, oder nicht. Denn er konnte immer nur die Sache oder Ersatz derselben fordern (vgl. Sachsensp. III, 22, 1), und wenn darüber Streit unter den Contrahenten obwaltete, ob der Termin schon

verstrichen sei, so war der Entlehner nach unserem Statut von 1270 VI, 22 nur schuldig, mit erbgesessenen Zeugen darzuthun, daß der Termin noch nicht abgelaufen sei [1]).

Das Ordel 1270 XII, 12, 2 bestätigt diese Grundsätze, die aus dem IX, 21 folgen. Darin habe ich mich Vorträge 1, 2, 357 früher geirrt, wenn ich sie darauf reducirte, daß der Empfänger darum den Schaden getragen, weil er den Nutzen der Sache gehabt. Ich verdanke der Försterschen Forschung die richtigere Auffassung, nach welcher der Wille der Partheien beim Lassen aus der Wehr hier wie überall die Verantwortlichkeit bestimmte. Aber ich kann ihm darin nicht beipflichten, wenn er S. 119 in unserem Ordel oder vielmehr im Sachsensp. 3, 5, 4 ein besonderes Gewicht auf das vnvorderffet legt. Man kann auch hier ein Bedauern nicht unterlassen, daß unsere Germanisten auf unser Hamburgisches ältestes Statut und dessen Cognaten so wenig Gewicht legen. Hier heißt das alte Ordel, vollständiger wie im Sachsenspiegel, und übereinstimmend in allen § 30 allegirten Parallelstellen (unsere Stelle steht 1497 L, 10):

---

1) Cropp Beitr. 2, 1, 62—72 beschäftigt sich mit der Bemerkung des Sachsenspiegels III, 22, 2: **Duve noch roues ne mach man ine nicht tien dar an, wente he it ime lich.** Er meint, der Sinn dieser Bemerkung sei dahin zu verstehen, der Darleiher solle den Empfänger wegen Unterschlagung der dargeliehenen Sache als Dieb gar nicht in Anspruch nehmen. Der Grund davon sei wörtlich dahin zu nehmen, daß der Leihcontract selbst die Absicht des Empfängers ausschließe, sich die Sache dieblich anzueignen, und der Umstand komme nicht in Betracht, daß der Darleiher die Sache freiwillig aus seinen Wehren gelassen. Dies scheint mir nicht richtig. Theils lassen sich beim Leihcontract auch Fälle denken, wo die Absicht des Empfängers das Vorenthalten der Sache zum dieblichen macht, sofern diese Absicht äusserlich erkennbar ist, theils entscheidet das Lassen aus der Wehre und der Leihcontract dabei an sich nichts über die Frage der Dieblichkeit, weil der Umfang des Willens damit noch immer nicht absolut bestimmt ist. Jene Stelle des Sachsenspiegels sagt blos, daß an sich der Umstand der Leihe über die Frage der Dieblichkeit nichts entscheidet, wenn der Empfänger die Sache über die verabredete Zeit behält. Eben weil aber unser Ordel IX, 21 diese Frage bereits erledigt, so war die Bemerkung des Sachsenspiegels für unsere Sammlung überflüssig.

So wat so en man deme anderen lenet, dat schal he vnvorderuet wedder antworden, ofte gelden na syneme werde, ofte it vorloren wert.

Die unterstrichenen Worte sind im Sachsenspiegel weggeblieben, und so hat Förster sich verleiten lassen, das unvorderuet als Gegensatz von Verlust und Zufall zu nehmen. Beides ist unrichtig. Ich will darauf keinen besonderen Werth legen, daß in dem Codex, nach welchem Lapp. das Ordel von 1270 abgedruckt hat, hier die sonst überall sich findende Conjunction auer nach so wat fehlt. Aber es ist zu bemerken, daß 1497 L, 10 eine besondere Vorschrift mit unserem Ordel anfängt, und noch mehr, daß das Verdener Statut, welches unser Ordel Stat. 59 giebt, vorher Stat. 58 (Puf. I app. p. 98) so disponirt:

So we dem anderen lenet ein Pandt oder Klenode, wert dat verlaren, so schall de dem idt thohöret, dem anderen, dem he idt gelenet hefft, benömen, wo gudt idt sy, so schall he ohme leggen sines gudes so vele, alse he sin recht dartho doen will, dat he idt ohme darmede betalet hefft.

Es ist hier also ganz klar und ohne alle modificirende Beziehungen ausgesprochen, daß der Empfänger des Commodats den Verlust trägt, und erstatten muß, ohne irgend dabei auf Zufall oder Verschulden Rücksicht zu nehmen, vgl. Pufendorf zu jener Stelle. Wie wenig auch dieser Sinn des alten Rechts sich vor dem Einflusse des Römischen Rechts bewahren konnte, so giebt die so häufig romanisirende Langenbeckische Glosse zu 1497 L, 10 gleichwohl, indem sie den Sinn tadelt, ihn richtig dahin an, es solle das gelehnte Gut verantwortet werden, der Herr braucht, wenn es noch vorhanden ist, sich nicht mit dem Wertherſatz zu begnügen, nur wenn es ganz oder theilweise umgekommen ist, ist der Werth zu erstatten [2]).

---

2) Erst 1603 macht sich der Einfluß des Römischen Rechts geltend 2, 2, 5 (vgl. Gries 1, 199), und entfreiet den Entlehner in der Regel von dem Ersatz des durch reinen Zufall entstandenen Schadens. In neuester Zeit betrachtet man bei uns den Entlehner insofern, als er nach 2, 2, 1 den besten und genauesten Fleiß, den ein jeglicher fleißiger Hausvater bei dem Seinigen anzuwenden pflegt,

§ 34.

Satzung.

Hieran schließt sich die Lehre von der Satzung. Daß Commodat und Satzung vollkommen gleichgestellt werden, kann Niemand bezweifeln, wie denn das Ordel 1270 IX, 21 dies auf das Bestimmteste damit bestätigt, daß es den Fall, von dem es im Anfang ausgeht, auf ein lenen stellt, und doch im Verlauf sagt deme he it let ofte satte. So heißt es denn im Sachsenspiegel II, 60, 1 im Anfang schon: wilch man deme anderen libet oder seczet. Ferner in der Stelle III, 5, 4, welche unserem Ordel XII, 12, 2 (vgl. § 31) entspricht, libet oder seczet. Nach den Ermittelungen unseres § 31 würde es also gar kein Bedenken finden können, anzunehmen, daß auch der Satzungsgläubiger nach Altdeutschem Rechte den Zufall tragen mußte, der dem Pfande zustieß, es mochte dasselbe nun verloren gehen oder nur verderben, und er mochte daran Schuld sein oder nicht. Denn es war das volle Vertheidigungsrecht der Sache von dessen bisherigem Inhaber aufgegeben, von dem Gläubiger übernommen worden 1270 IX, 21. Ging das Pfand aus irgend einem Grunde verloren, so büßte der Satzungsgläubiger damit zugleich seine Forderung ein.

Nun ist Förster a. a. O. gleichwohl anderer Ansicht; er hält S. 119 die Behauptung, daß der Satzungsgläubiger den Zufall trage, für nicht begründet, und versucht eine neue Deutung der Stelle des Sachsensp. III, 5, 5, welche Stelle unserem Ordel 1270 XII, 12, 3 entspricht.

Ich will unser Ordel erst hier geben nach der meines Erachtens richtigsten Lesart:

> Mer sterft en perd ofte ve bynnen sattinghe van weddeschatte, dat ne darf ne man gelden. Mer he schal dat tugen, dat it ane syne schult dot sy; he vorlust anders syn gelt, dar it eme vore steit, ere vorewort ne syn anders.

---

beobachten muß, als verpflichtet, die entlehnte Sache gegen Feuersgefahr mit versichern zu lassen, was um so weniger Bedenken hat, da jene Bestimmung ein eigenthümlicher und um so bedeutungsvollerer Zusatz unseres Statuts zur Nürnberger Reformation XIV, 1, übrigens der Quelle des ganzen Art. 1, ist.

Das Ordel steht ohne erhebliche Varianten 1497 L, 10 und an den § 30 allegirten Parallelstellen, mit Ausnahme des Verdener und Bremer Statuts, wo es fehlt. Wir sehen es hier, wie mir scheint, in seiner ursprünglichen ächten Gestalt, und wären unsere Germanisten nicht auch hier von dem Vorurtheil eingenommen gewesen, daß man zuletzt nicht auf unser Statut, sondern auf den Sachsenspiegel recurriren, daß man diesen als das Ursprüngliche ansehen müsse, so würden wir freilich manche sehr scharfsinnige Lösungsversuche der vorliegenden Räthsel entbehren, aber früher das wahre Resultat gewonnen haben.

Wenn ein Pferd oder Vieh (d. h. Rindvieh), heißt es, bei dem Satzungsgläubiger stirbt, so hat dieser nicht dafür aufzukommen. Aber er muß schwören, daß es ohne seine Schuld todt blieb, sonst verliert er seine Forderung, für die es haftete, es sei denn ihre Verabredung anders gewesen.

Wie die Vorschrift im Sachsenspiegel lautet, so hilft dem Gläubiger der Eid nicht, sondern er verliert jedenfalls seine Forderung, und somit macht der Eid dort nur den Unterschied, daß er dann nicht das Pfand nach seinem Werth zu ersetzen braucht, aber freilich auch seine Forderung nicht einbüßt. Nach dem Sachsenspiegel würde der Eid nur dann von Nutzen sein, wenn das Pfand mehr werth war, als die Forderung. Mir scheint das Resultat ein so verschnörkeltes und geschrobenes, daß ich nicht bezweifeln möchte, den Sachsenspiegel nach unserem Statut emendiren zu müssen, und jenen für ein von dem ritterlichen Sammler misverstandenes Excerpt des Landrechts zu halten.

§ 35.

Fortsetzung.

Warum wird aber bei Vieh eine Ausnahme von der vorher allgemein für Leihe und Satzung aufgestellten Regel gemacht, warum trägt der Satzungsgläubiger hier nur dann den Zufall, und büßt seine Forderung nur dann ein, wenn er nicht seine Schuldlosigkeit beschwören konnte?

Hier tritt die Rücksicht auf „essendes Pfand," wie es in anderen Statuten heißt, ein, daß nämlich der Satzungsgläubiger, der dies übernimmt, die Wartung und Ernährung mit übernimmt,

und daher auch eine besondere, der Natur des Pfandes entsprechende Sorgfalt leisten muß. Daher der Eid, den er sonst nicht zu leisten hat. Wenn Förster S. 138, dem die Quelle des Stader und Lübischen Rechts, unser Hamburger, entgangen zu sein scheint, das tûghen von Zeugen beibringend versteht, so dürfte der Sprachgebrauch nicht ganz entschieden dafür[1]), und grade der Sachsenspiegel, welcher nur vom Eid spricht, so wie die Analogie des anvertraueten Viehes 1270 XII, 12, 1 dagegen sein. Wenigstens läßt es sich nicht absehen, warum grade bei der Satzung der Eid nicht genügen sollte, der beim Treuhändler ausdrücklich für ausreichend erklärt wird. Auch führt Förster S. 138 oben, selbst einige sonstige Rechte an, welche die Schuldlosigkeit des Satzungsgläubigers blos durch den Eid entscheiden lassen.

Förster stellt S. 138 ff. eine Untersuchung darüber an, warum der Satzungsgläubiger mit dem Tode des essenden Pfandes seine Forderung verloren habe. Er soll sie (vgl. S. 141 oben) darum verlieren, weil er bei einem solchen Pfande allerlei Gefahren freiwillig übernehme, die damit verknüpft sind, als namentlich den natürlichen Tod, die Pflicht der Wartung und Fütterung. Aber ist hier ein vernünftiger Zusammenhang? Wenn das Pfand dadurch für ihn weniger Werth hat, als ein anderes (und selbst dies läßt sich in Hinsicht auf andere nicht essende und doch besonderer Pflege bedürftige, leicht verderbliche Pfänder gar nicht einmal absolut sagen): so ist doch nur dieser Minderwerth Dasjenige, was er übernommen hat, nicht aber daß er, wenn er durch den Tod seine Sicherheit verliert, damit noch mehr, nämlich auch die Forderung selbst verlieren soll. Dies kann nicht in der Uebernahme jener besonderen Gefahren, sondern nur etwa in so fern in der freiwilligen Uebernahme der Gewehre seinen Grund haben, als man daraus, daß er dies Pfand übernahm, also aus dem äussern Umstande schloß, er habe den Werth, den es für ihn hatte, also seine Forderung einbüßen wollen.

Faßt man die Sache so auf, so enthält das alte Ordel von 1270 XII, 12, 3 nicht ein Princip, was sich auf essendes Pfand

---

1) Ich bitte hiernach und überhaupt meine frühere Darstellung Vortr. 1, 2, 359 ff. zu berichtigen. Vgl. oben § 9 Anm. 2.

beschränkt, sondern was auf die Natur des Pfandes überhaupt hinweist, um den Willen des Gläubigers bei Uebernahme desselben zu beurtheilen. In dieser Beziehung ist eine Stelle des Lübischen Rechts nicht unwichtig, welche Förster S. 120 allegirt, ohne zu berücksichtigen, daß sie, nämlich Cod. Hach. IV, 98, aus dem modernen Kollius (vgl. Hach S. 155 ff.) entlehnt ist, wiewohl sie mir zu beweisen scheint, daß auch bei der weiteren Entwickelung des Lübischen Rechts das von uns ermittelte Princip festgehalten ist. Es heißt dort:

> Settet ein man dem andern ein pandt, dat schal he eme vnuordoruen weddergeuen, edder gelden na syner werde, so dat van vorsůmenisse vmmegekamen, sunsten darff he eme daruór nicht antworden.

§ 36.

Fortsetzung.

Daß der Satzungsgläubiger die Gefahr der Sache trug, wurde nach dem alten Hamburgischen Rechte in einer Weise ausgedehnt, die man bald aufgegeben hat, wahrscheinlich in Folge des Einflusses fremden Rechts. Ich habe die Stelle schon in meinen Vorträgen 1, 2, 360 mit ihren Parallelen citirt, und kann jetzt nach Erscheinung der Lappenb. Hamb. Rechtsalterthümer bemerken, daß sich 1270 1, 14 in folgender Fassung nur in den älteren und besseren Handschriften unseres Statuts findet. Es ist dort nämlich die Rede von dem Aufgebot eines Pfandes, da heißt es ferner:

> Vnde dat beschedene gut dat een man aldus vorvolget, dat mot he wol vorkopen vor syne pennynge so weme he wil. Vnde wert eme wat darouer, dat schal he eme wedder keren, deme dat gut ofte dat erue tohoret. Unbreke eme ok wat, de schade is syn.

Ist ein Erbe nicht so viel werth, als es zu Pfand steht, so kann der Gläubiger unter Beobachtung gewisser Formen das Erbe für sein Geld behalten.

Auch scheint noch eine Stelle unseres ältesten Statuts zu bestätigen, daß der Satzungsgläubiger beim Untergang des Pfandes sonst allemal seine Forderung mit verlor. Denn es heißt in dem

Ordel von 1270 IX, 13, welches einen Gläubiger befugt, seinen Schuldner in persönliche Haft zu nehmen (vgl. oben § 5, wo auch die Parallelstellen, und § 23):

> Let he ok ene gan mit willen, dat he eme dach gift, edder vntlopt he eme sunder sinen danch, damede is he nicht ledich. Al de wile dat he eme nicht ne gelt, so is he iummer syn pand vor dat gelt.

Die Stelle, welche im Wesentlichen ebenso Sachsensp. III, 39, 2 lautet, würde wohl nicht speciell erwähnt haben, daß mit der Entlassung oder Flucht des als Pfand dienenden Schuldners die Forderung nicht erlösche, wenn nicht sonst das Princip gegolten hätte, daß dies eintrat, wenn man das Pfand verlor oder freiwillig aufgab.

§ 37.

Fortsetzung. Verhältniß der Satzung zum Eigenthum.

Hier bietet sich denn für uns die beste Veranlassung zu der Prüfung der Abhandlung von Budde über das Verhältniß der älteren Deutschen Satzung zum Eigenthum in der Zeitschr. 9, 3, 411 ff., wo er bis S. 430 die Argumentation Madai's dafür, daß die Satzung ein widerrufliches Eigenthum in der Art der Römischen fiducia gegeben habe, widerlegt, und von S. 430 ff. an den directen Gegenbeweis dafür zu liefern sucht, daß der Satzungsgläubiger niemals Eigenthümer geworden. Ich muß es von dem Standpunkt aus, auf den mich meine Betrachtung unseres ältesten Hamburgischen Stadtrechts stellt, bekennen, daß ich Budde zwar darin beipflichten kann, wie die Römische fiducia gar keine Analogie für unser altes Recht darbietet, daß mir aber seine Ansicht von unserem Altdeutschen Eigenthumsrecht doch viel zu künstlich erscheint, und ich es hauptsächlich dieser seiner Ansicht beimesse, wenn er doch wohl das Rechtsverhältniß des alten Satzungsgläubigers nicht genau genug aufgefaßt hat. Auch hier scheint mir der eigentliche Schlüssel in dem alten Ordel von 1270 IX, 21 gesucht werden zu müssen. Es ist dort (vgl. § 34) die Rede namentlich von dem Satzungsrecht, und es wird der Fall, daß der Satzungsgläubiger, welcher mit dem Willen des Schuldners das Recht der Gewehre an der versetzten Sache

freiwillig übernahm, diese Sache verkauft, versetzt, ja selbst nach einigen unserer besseren Manuscripte und nach dem Sachsenspiegel II, 60, 1, daß er sie verspielt, keineswegs als ein ungewöhnlicher oder gar als ein unstatthafter und vollends nicht als ein strafbarer Fall behandelt. In einem solchen Falle, der sogar mit dem Zufall, daß dem Inhaber der Gewehre die Sache gestohlen oder abgeraubt wird, auf eine und dieselbe Linie gestellt ist, soll dem Schuldner nur eine Civilklage gegen den Satzungsgläubiger zustehen, welche, wie wir aus XII, 12 (vgl. § 34. 35) ersehen haben, sich auf eine Schadensklage reducirt, wenn der Gläubiger die Sache nicht mehr hat.

Es läßt hiernach sich nicht mit Budde S. 430 sagen, daß die Veräusserung der Sache dem Gläubiger nicht erlaubt gewesen sei, und dazu besondere Verhältnisse erfordert worden wären. Man fand in dem gewöhnlichen Aufgeben des Gewehrrechts an den Gläubiger auch die Gestattung des Rechts der Veräusserung und ferner der Benutzung. Wenn Budde sich wegen Begründung seiner Aeusserung auf Albrecht die Gewehre § 15 beruft, so kann hier nur das S. 133 Gesagte gemeint sein, wo aber auf Stellen Bezug genommen wird, um dem Pfandgläubiger die Benutzung streitig zu machen, welche, abgesehen davon, daß sie sich nicht in unserem ältesten Recht und in dessen Verwandten finden, ausdrücklich, namentlich die im Baierschen Landrecht, nur davon reden, wenn der Gläubiger ohne den Willen des Schuldners das versetzte Pferd zu einer Fuhr oder einem Ritt über Land benutzte. Hierdurch würde also die von Förster (vgl. oben § 24) ermittelte Ansicht grade gerechtfertigt, daß bei Beurtheilung der Rechtsverhältnisse des Satzungsgläubigers auf den Willen der beiden Contrahenten Alles reducirt sei, so daß generelle Regeln über die Rechte, welche der Satzungsgläubiger an dem Pfande hatte, gar nicht aufgestellt werden können, und sich wenigstens in unseren alten Statuten nicht nachweisen lassen. So wenig als sich eine abstracte Idee von einem Complexus von Realrechten, wie sie sich in dem Eigenthum des Römischen Rechts findet, oder von einem Vermögen als einer sich auf Eigenthum basirenden Totalität von Rechten in unseren alten Statuten ausgebildet hatte (vgl. unten § 49 und 55 Anm. 10), ebenso wenig läßt sich ein

absolut bestimmbares Rechtsverhältniß zwischen Eigenthum und Pfandrecht nachweisen.

§ 38.

Fortsetzung.

Mir scheint es viel eher zu historisch richtigen Resultaten zu führen, wenn wir hier die sonst hinsichtlich der Satzung vorkommenden Vorschriften unserer alten Rechte zusammenstellen.

Es ist zuvörderst eine Bemerkung in der Langenbeckischen Glosse zu 1497 H Vorr. und Art. 2 voranzuschicken: Wenn Jemand an seinem Erbe Erbzins verkauft, den er sich vorbehält, wieder einzulösen, so nenne man das, heißt es dort zweimal, Weddeschatz, deshalb, weil man den Schatz oder Hauptstuhl wiedergeben, und das Gut damit lösen und entfreien könne. Man sieht also, daß man damals schon nicht blos die Etymologie des Wortes verlernt hatte [1]), sondern daß man auch das einfache Satzungsverhältniß mit dem Erbzinscontract identificirte, und zwar weil bei beiden dem Schuldner das Recht zustand, das Pfand wieder einzulösen. Es scheint auch, daß, so wie überhaupt mehrere Rechtsvorschriften bei beiden übereinstimmen, namentlich auch das Vorkaufsrecht des Schuldners, die Nothwendigkeit seiner Genehmigung, falls der Gläubiger Erbzins oder Pfand verkaufen wollte, angesehen zu sein scheint als Beweis der Identität beider Verhältnisse. So findet sich denn auch schon 1270 II, 1 ausgesprochen, daß der Käufer des Erbzinses diesen in seinen Wehren hat, wiewohl II, 3 und 5 von dem Verkäufer gesagt wird, daß er uppe erue-tynse sit. Man darf daraus gewiß folgern, daß auch der Satzungsgläubiger angesehen wurde als der Inhaber der Gewehr an dem Gute, ohne daß er den Besitz hatte, d. h. ohne das factische Innehaben des Gutes, und es ist um so klarer, wie sehr man sich bei der Beurtheilung der Satzung vor allen Einmischungen singulärer Römischer Rechtsbegriffe hüten muß.

---

1) Vgl. über den ursprünglichen Begriff, von **wetti** abgeleitet, das freiwillige Pfand, als Gegensatz von dem unfreiwilligen *nama*, wovon *namiare*, Wilda in der Zeitschr. I, 181.

§ 39.

Fortsetzung.

Wichtig scheint ferner folgende Willkühr von 1270 I, 5:

> De mene rad vnde de wittigesten van der stad sint des to rade worden, dat vnse borger vnses heren gud kopen noch vorsetten scholen noch an der molen noch an tolne noch an jenigen gude dat he heuet in desser stad.

Diese Willkühr fehlt in vier weniger werthvoll gehaltenen Handschriften unseres ältesten Statuts; in einer einzigen, die auch nicht für die älteste gilt, heißt es statt kopen noch vorsetten

> to weddeschatte nemen.

Andere Varianten haben für uns weniger Interesse. Wie wir die Willkühr geben, steht sie auch buchstäblich und mit Ausnahme von vorkopen statt kopen ohne erhebliche Varianten im Cod. Lub. Hach. III, 246. Unverkennbar dieselbe steht auch Stat. Rig. 3 (Puf. III app. p. 224), so wie im Wesentlichen auch, so weit es hier uns interessirt, Stat. Stad. IV, 6 a. E. (Puf. I app. p. 190). Dagegen ist sie in unseren späteren Statuten weggeblieben.

Für uns ist es von Bedeutung, daß man die Möglichkeit statuirte, fremdes Gut (denn als solches muß man doch gewiß das gräfliche Gut dem Bürger gegenüber betrachten) versetzen zu dürfen, und ausdrücklich davon Ausnahmen, die die Regel bestätigen, zu machen.

§ 40.

Fortsetzung.

Ferner sagt 1270 I, 8, nachdem erklärt worden ist, was Erbgut sei:

> 1) — Alsodan erue, also hyr bescreuen is, dat ne mach nen man weddesetten ofte sellen ane erue loff, it ne sy also dat it

---

1) Aus dem Anfange dieses Ordels, wo gesagt wird, daß wenn Mann und Frau ein Erbe kaufen, sie die Gewalt haben es zu geben und zu verkaufen, wem sie wollen, es aber Erbgut heiße, wenn ein Ehegatte stirbt, scheint Cropp Jur. Abh. 2, 487 folgern zu wollen, zu der Veräusserung eines während der Ehe von den Eheleuten gemeinschaftlich erworbenen Grundstücks sei der Consens der Ehe-

eme not do, deme dat erue tohoret[2]), vnde de not schal he bewysen mit erfhaftigen luden, vnde vorkopen it dar he wil.

Das Ordel findet sich noch ebenso 1292 C, 4. 1497 G, 5, ferner Stat. Stad. 1, 4 (Puf. I app. p. 172) Stat. Rig. 7 (Puf. III app. p. 225) Stat. Lub. Cod. Hach. III, 250.

Allgemeiner heißt es 1270 IV, 2 a. E. 1292 F, 2 a. E. 1497 K, 9 Stat. Stad. III, 2 (Puf. I app. p. 186) Stat. Rig. 45 (Puf. III app. p. 239) Stat. Lub. Cod. Hach. III, 282:

Mer eruegud ne mach neen man geuen ane eruen loff, womit Sachsenspiegel I, 52, 1 zu vergleichen ist.

§ 41.

Fortsetzung.

Das Ordel von 1270 I, 20 schreibt vor:

Wert ener vrouwen erue medegeuen also men se to manne gift, ofte wert mit ereme gude erue koft, dat erue mach ere man nicht[1]) setten ofte sellen ane ere vulbort vnde jawort.

Ohne erhebliche Abweichung ebenso Stat. Stad. 1, 16 (Puf. I app. p. 176) und Rig. 19 (Puf. III app. p. 230). Aber Stat. Lub. Cod. Hach. III, 261 ist das nicht weggelassen, und dafür hat unser 1292 C, 14 und G, 7 sogar wol. Um so inter=

---

frau erforderlich gewesen. Allein dies geht wohl daraus nicht mit Bestimmtheit hervor, daß dort allgemein gesagt wird, sie sollen es veräussern dürfen. So wird man ohne Weiteres den Ausdruck des alten Ordels wohl nicht pressen können. Auch daraus, daß nach dem Ableben des einen Ehegatten das Grundstück nicht ohne Erlaubniß der Erben des Andern zu veräussern ist, folgt nur, daß nunmehr die Erben an die Stelle des verstorbenen Ehegatten treten, nicht aber, daß dieser ebenfalls bei seinen Lebzeiten und eben so wie sie seinen Consens erst hätte ertheilen müssen.

2) Später sagt der Ausdruck 1292 C, 14, 1497 G, 7 vnde he is behuf hebbe, wie dies Cropp Abh. 2, 473, dem noch das Argument aus unserer Stelle zuzufügen ist, nachgewiesen hat, dasselbe.

1) Schon Cropp Abh. 2, 472 Anm. 81 hatte glücklich ermittelt, daß die ursprüngliche richtige Lesart dieses alten Ordels das nicht nicht entbehren kann, und daß also die Lesart einer Handschrift, wo dies nicht fehlt, zu verwerfen sei.

essanter ist hier der Fall von 1273 im lib. resign. (Zeitschr. 1, 3, 428) 181, 18 ff., wo ein Nortmannus de Herslo seinem Bruder ein halbes Erbe resignirt, consentiente uxore ipsius Nortmanni et fideiubente. Vgl. Dr. Reimarus S. 440.

§ 42.

Fortsetzung.

Hierher gehört noch das Ordel von 1270 1, 13:

> So wor en man by slapender tyt varet ut der stad, will he syn gud vorsetten, vnde is it varende gud ofte Kistenpand, dat ne mach he nicht vorsetten sunder vor twen erfhaftigen luden. Mer erue vnde scepe schal men vor deme ganisen rade vorsetten,

welches ebenso 1292 C, 9. 1497 H, 8 Stat. Stad. 1, 9 (Puf. I app. p. 174) Rig. 12 (Puf. III app. p. 228) und Lub. Cod. Hach. III, 254 sich findet. Die Langenbeckische Glosse bemerkt zu 1497 H, 8, die Vorschrift sei gegeben, um Bosheit und Betrug zu vermeiden. Sonst sollen Pfänder die Wehre des Schuldners räumen; denn, sagt die Glosse zu C, 1, eigentlich ist das nur Pfand, was mit der Hand in die habende Gewehr des Gläubigers geliefert wird, weshalb nach Recht dieser Stadt Niemand Pfandrecht genießen kann an fahrender Habe vor andern Schuldnern, wenn er das Gut nicht in seinen habenden Gewehren hat. Die Glosse bezieht sich deshalb auf C, 1, wo nichts dergleichen steht, und auf § 7 J. de action. (4, 6) verbis: inter pignus &c., woraus man deutlich ersieht, daß ihre Auffassung schon Römische Beimischung hat. Unser Althamburgisches Recht kennt noch nicht den Unterschied des Faustpfandes, sondern stellt Alles auf die Art und Weise, wie die Gewehr übergegangen ist, der Schuldner mochte nun auf dem Pfande sitzen bleiben oder nicht. Der Sinn des Ordels 1, 13 geht dahin, entweder daß die Satzung fahrender Habe darum wenigstens vor zwei gehörigen Zeugen geschehen muß, wenn der Schuldner bei Nachtzeit sich entfernen will, weil dann nicht der Rath sitzt, oder weil damit jedem Streit vorgebeugt werden soll, um sonach dem Pfandgläubiger den Beweis der Satzung zu sichern, und es nicht, wie sonst, auf seinen bloßen Eid ankommen zu lassen.

Vielleicht ist auch das Ordel noch allgemeiner zu nehmen, und soll überhaupt bestimmen, daß auch von fahrender Habe nur dann eine Satzung rechtsbeständig ist, wenn sie vor zwei gültigen Zeugen geschieht.

Wenn Göschen zum Goslarschen Statut S. 241 und Albrecht die Gewere S. 143 und 147 darin von einander abweichen, daß der Eine Besitz und Genuß des Pfandes dem Schuldner lassen will, der Andere nicht: so kommt es wohl daher, daß sie den Willen der Contrahenten nicht in Anschlag brachten, wonach sich dies regulirte. Die bloße Satzung an sich gab bei uns weder Besitz noch Genuß. Es heißt auch im Goslarschen Statut p. 24, 19 ff. ausdrücklich, daß bis zum Aufgebot (vgl. § 48) der Schuldner das Recht behielt, das gesetzte Haus, Bude oder Theil eines Hauses zu vermiethen. Nur weiter verpfänden konnte er es eigenmächtig nicht (vgl. § 41). In diesem Sinne muß es auch wohl verstanden werden, wenn es 1270 V, 2 heißt:

> So welk man voremunt wert wedewen ofte wesen, vnde vor ere gud raden wil, de schal dat gud besetten mit erue, dat he dat gud nicht argere, al went he de voremundeschop upgift,

wofür 1292 O, 2 in. 1497 D, 2 haben:

> de schal dat besetten wante an de tit, dat he de uoremuntscap op gheuen scal.

Der Vormund soll für das Gut, das er verwaltet, ein Pfand bestellen, und zwar nach 1270 in einem Grundstück (erue vgl. § 55. 68)[1]). Auch dies Pfand wird er nicht weiter haben verpfänden können. Uebrigens verdient es bemerkt zu werden, daß das Ordel hier den Ausdruck Gewehr und in Wehren haben bei dem Verhältniß des Vormundes vermeidet, und dagegen sich eines generelleren, nicht technischen bedient. Daß der Vormund das

---

1) Das besetten hat diese Bedeutung, wie man denn auch in dem ältesten Stadt-Erbebuche eine Stelle hat, die dies erläutert. Es heißt 146, 24: Johannes de Winsen est tutor filii domini Gotscalci, et recepit pecuniam suam (soll heißen eius, nämlich filii), scilicet 35 marcas denariorum, pro quibus ponit hereditatem suam eidem puero. Vgl. auch 155, 19 ff.

Recht der Vertheidigung an den Sachen seines Pflegbefohlenen habe ausüben dürfen und müssen, läßt sich gleichwohl nicht bezweifeln.

§ 43.

Fortsetzung.

Das Ordel von 1270 1, 7 lese ich so unter Benutzung der besten Lesarten und Parallelstellen:

So wor een man vordinget ofte vorkoft sin erve edder sin gud, so welker hande gut it sy, ofte to weddeschatte set wedder wegene, vnde wert dar twidracht vmme, so we danne den ersten kop edder den ersten weddeschat tugen mach, de schall den kop edder den weddeschat beholden.

Ebenso 1292 C, 3. 1497 G, 3 Stat. Stad. 1, 3 (Puf. I app. p. 171) Stat. Rig. 6 (Puf. III app. p. 225) Stat. Lub. Cod. Hach. III, 249 Stat. Verd. 70 (Puf. I. app. p. 101) Stat. Brem. d. 1433 Stat. 46 (p. Oelrichs 469).

Auch aus der Langenbeckischen Glosse zu 1497 G, 3 ersieht man, daß ihrer Auffassung des Falles späteres, nicht Germanisches Recht zum Grunde liegt, indem sie annimmt, wenn A zuerst gekauft und nicht empfangen, B dasselbe gekauft und empfangen, B der Nähere sei wegen des Besitzes und der habenden Gewehr. Wir dürfen nach dem bisher Ermittelten, um uns hier auf Satzung zu beschränken, annehmen, daß, wenn der Schuldner die Gewehr aufgab, und zwei Gläubiger sie übernahmen, nicht der Römische Besitzer das Vorrecht hatte, sondern die Sache Demjenigen zugesprochen werden mußte, dem die Gewehr zuerst übertragen war, ohne auf Besitz oder Detention Rücksicht zu nehmen, weil eben der Wille beider Contrahenten, nicht der factische Bestand entschied (§ 27. 29.) [1]).

§ 44.

Fortsetzung.

Im Lübischen Recht Cod. Hach. II, 146 III, 97. 223 finden wir folgende Bestimmungen:

---

1) Dies scheint mir auch für die Schwierigkeiten, welche in der Stelle des alten Lübischen Rechts Cod. Hach. II, 235 sich finden, eine einfachere und richtigere Lösung abzugeben, als die von Albrecht die Gewehre S. 160 ff. versuchte.

So we deme anderen wat louet vppe sin ghut, is it up erue, so is it weddeschat, sint it ok kledere oder anders weleker hande ghut dat sy, dat he den anderen anwiset, so is it ok weddeschat, stadet auer de gene des de weddeschat is dat dat ghut kumt van der stede dar it eme ghewiset was, oder dat it van deme dar it nu is ghewandelet wert in ander ghut, so ne is it neen weddeschat.

Ferner daselbst II, 147 III, 82:

Set jement deme anderen sin schep, vnde seghelet darna anders wor mit deme schepe vnde uorkoft dat schep so ne is it neen weddeschat. mer kumpt dat schep an de trauene ofte in de hauene, so is it auer weddeschat, alse it was, er dat seghelede.

Diese Bestimmungen fand der Bürgermeister Anderson so auffallend, daß er sie zu 1270 1, 5 angemerkt hat, vgl. Anderson S. 29. Kommt das versetzte Gut von der Stelle, wo es angewiesen ist, und zwar mit Genehmigung dessen, dem es gehört, so hört es auf Pfand zu sein, wird es aber wieder, wenn es an die Stelle wiedergelangt, mag auch inzwischen damit vorgegangen sein, was da will, selbst eine Eigenthumsveränderung macht keinen Unterschied. Ebenso hört es auf Pfand zu sein, wenn es von Demjenigen, dem es gehört, in anderes Gut verwandelt, aus Tuch ein Kleid, aus Holz ein Tisch gemacht wird.

Man darf hier jedoch nicht annehmen, daß der Schuldner das Vertheidigungsrecht an dem Pfande aufgegeben, und der Gläubiger es übernommen hatte. In dem Falle von 1270 IX, 21 treten jene Bestimmungen gewiß nicht ein, welche sich nur auf ein Anweisen beschränken, wobei an die Veränderung der Gewehr in der Regel nicht zu denken ist, vgl. 1270 IV, 3. IV, 8. VII, 3, 3.

§ 45.

Fortsetzung. Distraction, Aufgebot, Verfolgung, Verkauf eines Pfandes.

Ueber die Distraction eines Pfandes enthält das Statut von 1270 die bereits § 23 a. E. und im Excurse zu § 3 theilweise erwähnte, hier aber ausführlich mitzutheilende Vorschrift 1, 14:

So wanne enen manne een pant geſet wert, it ſy erue ofte ander pant, dat ſchal he upbeden to deme nageſten dinge; ſo ſchal men eme to deme erſten male dachdingen dat pant to holdende XIIII nacht, vnde dat he it iummer upbede deme it hore to houe vnde to huſe mit guden luden. To deme anderen dinge alſo he it vpbut, ſchal men eme dachdingen ouer VIII dage. To deme drudden-male alſo he it upbut, ſchal men eme dachdingen ouer dwer nacht, vnde darna vorkopen. Vnde is it erue, vnde were it deme menen rade witlik dat it al vorvolget is, alſo hyr geſcreuen ſteit, ſo ſchal eme des erues weldegen de voget vnde de rad, vnde ſcholen den man daruth beden to varende. Vnde ſit he darbouen in der were veerteyn nacht, de wolt ſchal he beteren mit dreen punden; vnde ſo ſchal men eme ander werue beden uth to varende bynnen VIII dagen; vnde deit he des nicht, dat ſchal he ouer beteren mit dreen punden, vnde ſo ſchal men eme to deme drudden male beden vth to varende. Vnde ſit he dar en bouen darynne, he ſit uppe ſynes ſulues hals. Vnde dat beſchedene gut dat een man aldus vorvolget, dat mot he wol vorkopen vor ſyne pennynge ſo weme he wil. Vnde wert eme wat dar ouer, dat ſchal he eme wedderkeren, deme dat gut ofte dat erue tohoret. Vnbreke eme ok wat, de ſchade is ſyn. Vnde mach en erue alſo nicht gelden alſo it to pande ſteyt, vnde wil he dat erue beholden vor ſin ghelt, de voghet vnde de rad ſcholen den man vnde ſine eruen des dat erue was darto dwin-gen mit rechte, dat he dat erue deme anderen uplate vor ſine pennynghe vor deme gantſen rade. Were ouer iar vnde dach geleden, vnde wolde een deme anderen ſchult geuen vmme weddeſchat alſo hir beſcreuen is, de andere ſchal vppe den hilgen ſweren, dat he darmede hebbe varen alſo recht ſy, vnde ſchal nene not van eme liden.

Das Ordel ſteht ebenſo Stat. Rig. 13 (Puf. III app. p. 228) Lub. Cod. Hach. III, 255, im Weſentlichen auch Stat. Stad. 1, 10 (Puf. I app. p. 174). Auch unſere neueren Statute von 1292 C, 10 und 1497 H, 9 haben es, wiewohl mit einigen Abände-rungen, auf die ich gleich zurückkommen werde, beibehalten; die

Langenbeckische Glosse bemerkt, diese Form und Weise sei statt der gemeinrechtlichen in l. 3 C. de iure dom. (8, 34) und Sachsenspiegel I, 70. II, 24 befindlichen Bestimmungen bei uns üblich, und selbst unser neustes Statut 1, 42, 1, und 3 hat unser altes Recht trotz dem überwiegenden Einflusse des Römischen Rechts auf dies Statut im Wesentlichen beibehalten.

Die bedeutendsten Abänderungen, die schon das Statut von 1292 enthält, sind: Es steht für he sit — hals: so scal eme dat richte bi der hant dar utleden; und für de — syn: dhat scal eme dhe voldon, des dat goet oder dat erue was.

Das Statut von 1497 hat am Schlusse den ihm eigenthümlichen Zusatz:

Worde ock jemande erue gheantwordet vor synen vorseten tyns, dat men nicht rumen wolde, so mach men den man daruth wisen in maten vor ghescreuen.

§ 46.

Fortsetzung.

Damit wollen wir folgendes Ordel verbinden, 1270 VII, 3:

So wat schult vor deme gantsen rade bekant wert, vnde an der stad schultbok gescreuen wert, dar ne geit nen tuch enbouen. So wan he over gelt, so schal he sik vor deme rade los schelden laten vnde vthscryuen laten; vnde ne worde deme mane nicht gegulden to syneme dage, he ne darf nicht clagen vor rechte, sunder vor deme rade. Vnde de rad schal eme wisen an syn erue, ofte he nen ander pand ne heuet, vnde dat mach he wol vorkopen sunder upbedent.

So lesen die meisten Handschriften die letzten Worte, während einige andere mit dem Stad. Statut VII, 2 (Puf. I app. p. 208.) Rig. 88 (Puf. III app. p. 251). Lub. Hach. III, 328 haben: vnde dat schal he holden dree wekene vnde darna vorkopen. Die von uns recipirte Lesart bestätigen die Parallelstellen 1292 C, 18, 1497 H, 10, wo die Glosse bemerkt, gesetztes Pfand müsse verfolgt werden, wie es in der Vorschrift (§ 45) H, 9 bestimmt sei, und wir dürfen annehmen, daß unser topisches Recht darin, wie die Bestimmung in der von uns recipirten

Lesart lautet, erst nach 1270 seinen eigenen Weg gegangen ist, den es meines Wissens nur mit dem Culmer Recht III, 105 gemein hat.

§ 47.

Fortsetzung.

Endlich stelle ich noch folgendes Ordel hierher: 1270 IX, 19:

So we deme anderen schult gift vmme geld, vnde bekent de andere der schult, vnde but he eme erue to pande, dat erue ne darf he nicht nemen, he ne willet don. It ne sy, dat it de andere ware uppe den hilgen, dat he noch pennynghe noch kistenpand, noch vlutware gud ne hebbe, so schal he eme vry erue setten, ofte he it heuet [1]).

Es kommt ebenso Stat. Stad. VI, 16 (Puf. app. I, 204) Rig. 121 (Puf. app. III, 262) Lub. Cod. Hach. III, 370, und in unseren Statuten von 1292 C, 22 und 1497 H, 11 vor, hier nur mit dem Zusatze:

dar he siluen ane is, vnde darto also vele, also dhe ratmanne spreket, dat he noch hebbe uor sine penninghe.

Vnde also het ueruolghet heuet also recht is, vnde uercoft uor sine penninghe, dhe men eme schuldich is: vntbrecht eme wat, he schal eme uuldoen; vnde lopt eme ouer, he scal eme wederkeren.

---

1) Ebenso im neusten Statut von 1605 II, 4, 6, wozu BM. Möller zu vergleichen ist. Auch noch in der Verordnung über das Verfahren vor den Justizbehörden vom 29. December 1815 Art. 36 ist es dem verurtheilten Beklagten ausdrücklich verstattet worden, sein, für die Forderung des Klägers erweislich hinreichende Sicherheit darbietendes Grundstück zum öffentlichen Verkauf anzubieten, um den Freizettel abzuwenden. Von dieser Befugniß ist meines Wissens nur einmal seitdem, und zwar in einem Handelsgerichtlichen Verfahren Gebrauch gemacht worden; sie scheint also praktisch nicht mehr beachtet, wiewohl darin eins der wenigen Mittel zu finden ist, um das rasche Anstürmen des Concursverfahrens abzuwenden, das bei dem Mangel gesetzlicher Moratorien (ausser dem halbjährigen des Grundeigenthümers in der Verordnung vom 20. Febr. 1818 § 2) bei uns nothwendig dahin hat führen müssen, das System der s. g. Deckungen fast zum regelmäßigen Vertheidigungsmittel bedrängter Schuldner zu benutzen.

§ 48.

Fortsetzung.

Zur Erläuterung obiger Ordele ist aus Albrecht die Gewere S. 133 und Göschen zum Goslarschen Statut S. 241 ff. Folgendes zu bemerken:

1. Die Distraction mußte bei uns bei einem gesetzten Pfande immer gerichtlich geschehen, wogegen bei der Selbstpfändung ein gerichtliches Verfahren nicht ausdrücklich vorgeschrieben, und die Formen, namentlich des Aufgebots, nicht erforderlich sind (§ 23).

2. Es muß das Aufbieten und Anbieten bei der gerichtlichen Procedur unterschieden werden. Das Aufgebot bezeichnet die Erklärung, daß man das Pfand verkaufen wolle, das Anbieten begreift die Aufforderung an den Schuldner, die Schuld zu bezahlen. Das Letztere geschah ihm zu Hofe und Hause mit Zeugen; es mag auch sein, daß wenn man ihn dort nicht traf, es genügte, dort die Anzeige zurückzulassen. Albrecht hat S. 133 Not. 281 hier mehrere Statute citirt, in denen hinsichtlich der Termine Abweichungen Statt finden, aber hauptsächlich auf das Stader Recht Bezug genommen, nebenher auch des Lübischen gedacht, ohne zu erinnern, daß die Quelle Beider unser Statut von 1270 ganz unverkennbar ist.

3. Wenn ein Erbe auf die gehörige Weise verfolgt ist, so soll der Vogt und der Rath den Gläubiger des Erbes wältigen (§ 6 und 8). Wir ersehen aus unserer Stelle (§ 45, vgl. § 53), nach welcher Albrecht S. 152 Anm. 347 zu berichtigen ist, daß dies Wältigen nichts weiter giebt, als das Recht, vom Schuldner zu verlangen, daß er die Gewehr abtrete. Es ward als ein Friedensbruch, als eine strafbare Gewaltthätigkeit betrachtet, und mit Wette und Buße belegt, wenn der Schuldner nun nicht gehorchte. Allein wie groß die Achtung für das Recht der Gewehr war, wie sehr man Bedenken trug, dies Recht anzutasten, um nicht durch gerichtliches Zugeständniß der Gewalt das alte Recht der Selbsthülfe zu provociren, beweist die dreimalige Aufforderung, die erst an den Schuldner ergehen mußte, und der Umstand, daß man selbst dann ursprünglich nur aussprach, es gehe ihm weiterer Ungehorsam an den Hals, und erst

nach 1270 scheint man gewagt zu haben, bestimmt vorzuschreiben, daß das Gericht dann den Schuldner aus der Wehre bei der Hand heraus leiten solle. Von einer juristischen Gewehr als Gegensatz der factischen, oder daß die Entwältigung so genannt wäre, weiß unser Statut mit seinen Verwandten nicht (vgl. 1270 1, 11 [s. oben § 8] 1, 15 verbis: to liker wise, oft it em set sy, also ohne Recht der Gewehr). Ebenso wenig kann ich darin eine juristische Gewehr finden, wenn es in dem Ordel I, 14 [1]) in Hinsicht auf Grundstücke heißt, daß bei diesen der Schuldner nicht wie bei Mobilien bei der Hand aus der Wehre herausgeleitet, sondern gezwungen wurde, daß er das Grundstück dem Gläubiger für dessen Forderung vor dem ganzen Rath auflasse [2]). Es muß uns hier bemerkenswerth sein, daß selbst bei dem richterlichen Zwange der Act der Uebertragung der Gewehr sowohl bei beweglichen Sachen als bei Grundstücken von dem Inhaber der Gewehr ausgehen mußte. Er wurde an der Hand herausgeleitet, er mußte auflassen. Was Albrecht die Gewere S. 38 und 152 hier von einer neuen Auflassung sagt, stimmt in so fern mit unserem Ordel nicht überein, da es von einer früheren Auflassung nichts enthält. Albrecht mag wohl zu sei-

---

1) Albrecht die Gewere S. 38 Anm. 74 bezeichnet das Rigische Recht als das Hamburgische, und ist somit in der Hinsicht zu berichtigen, daß dieses allerdings von jenem die Quelle, jenes aber nicht mit diesem identisch ist.

2) Im ältesten lib. Resignat. 37, 2 kommt der Fall vor: Henricus, Bodonis filius, obtinuit in iustitia domum iuxta Fratres coram consulibus et iudicio. Herr Dr. R. S. 455 versteht dies von einer gerichtlichen Zusprechung, die an die Stelle der Resignation abseiten des Schuldners Statt gefunden. Allein das scheint nicht aus der Stelle hervorzugehen. Auf derselben pag. 37, 8 überlassen die Rathmänner einem Andern einen Hof in Folge eines Vergleichs, womit ein Proceß, den er gegen sie geführt, hingelegt war. Ebenso lassen die Fälle 180, 15 ff. und 28, 12 sich von directen Verhandlungen mit den Rathmannen (d. h. der Stadt, deren Gerechtsame sie vertreten, vgl. Herr Dr. R. S. 458) verstehen, und hat diese Interpretation nicht das Gezwungene derjenigen des Herrn Dr. R. Derselbe räumt selbst (S. 457 oben) ein, daß die Zuziehung des Gerichts nicht grade immer einen vorhergegangenen Proceß voraussetze.

ner Ansicht durch die Voraussetzung, als ob zur Satzung allemal eine Auflassung erforderlich gewesen, und überhaupt durch die Auffassung eines Begriffs von Eigenthum und Realrechten, wie er in unserem Altdeutschen Rechte noch nicht klar und bestimmt hervortritt, verleitet sein. Nur dann übrigens, wenn das Erbe nicht so viel werth ist, als die Forderung, für welche es versetzt ist, und der Gläubiger es für diese Forderung, so daß er dann keine weitere Ansprüche an seinen Schuldner macht, behalten will; wenn also abermals auch hier der Wille vorhanden ist, oder bei dem Schuldner kein Grund sich findet, nicht zu wollen, soll dieser gezwungen werden können, dem Gläubiger das Erbe aufzulassen. Wie leise man aber auftrat, um das alte Vertheidigungsrecht einerseits, andrerseits das Selbstpfändungsrecht nicht durch die gerichtlichen Schritte zu kränken, beweist der Zusatz, wonach erst nach Jahr und Tag der Gläubiger, dem seine Satzung, in die er eingewiesen worden war, streitig gemacht wurde[3]), befugt sein soll zu schwören, er sei damit verfahren, wie Recht, und erst dann nicht in der Gewehr gestört werden kann (vgl. Excurs zu § 3). Zugleich sieht man auch hier wieder, daß gerichtliche Protokolle und Erkenntnißbücher noch nicht Zeugniß gaben über solche Verhandlungen, da sonst ein Eid überflüssig gewesen, oder nur als eine eventuelle Berechtigung erwähnt sein würde (vgl. meine Vorträge 1, 1, 200 ff.).

4. Es ist ferner bemerkenswerth, daß unser altes Ordel hinsichtlich des Verkaufes des Pfandes nichts vorschreibt. Dort wird es vielmehr dem Satzungsgläubiger ganz generell freigestellt, das Pfand zu verkaufen, wenn er wolle. Es ist schon von mir bemerkt (§ 23), daß hier das alte Recht der Selbsthülfe ebenso wie bei dem Concurse über die Güter des flüchtigen oder verstorbenen Schuldners wirkte: der Satzungsgläubiger nahm

---

3) Albrecht S. 153 faßt dies so auf, daß dem Schuldner die Einlösung binnen Jahr und Tag verstattet war, was freilich nach späteren Statuten sich zu bestätigen scheint. Allein es bleibt dies doch immer nur Conjectur, da unser altes Ordel von einem solchen Wiedereinlösungsrecht nach geschehener Herausleitung oder Verlassung nichts weiß. Vgl. auch Göschen zum Gosl. Statut S. 243.

den Verkauf auffergerichtlich vor.[4]) Aber schon unser Ordel verpflichtete ihn, die Hyperocha an den Schuldner auszuliefern, was um so mehr auffällt, da er ursprünglich wegen des Residuums, falls der Verkauf seine Forderung nicht deckte, sich nicht weiter an seinem Schuldner erholen konnte. Man sieht hier vielleicht einen Beweis davon, daß die Haftungspflicht nicht mit dem Vortheil zusammenhing, und also eine abermalige Widerlegung der Albrechtschen Hypothese. Uebrigens ist die Herausgabe der Hyperocha auch in andern alten Rechten vorgeschrieben, vgl. Albrecht S. 152. 153, wogegen es auch Statute giebt, in denen davon nicht die Rede ist, vgl. Göschen S. 243.

5. Hierher gehört noch ein anderes Ordel, das nur 1292 C, 27. 1497 H, 6 und 1605 I, 41, 6 vorkommt, und dem Statut von 1292 erst von späterer Hand zugefügt ist:

Were en man sculdich, vndé sin erue worde voruolghet vor de sculde: dat erue scal man nicht verkopen, it ne kome vor den rat; so scal de rat to dheme erue senden, vnde scal dat werderen. Dunket deme rade, dat dat erue also goet si also de sculde bouen den tins ofte dar tins ut gheyt, so scal he den sculdeneren in dat erue scriuen laten vor giwelke XII mark ene mark gheldes; vnde dat scal nicht mer en iar stan. Vnde loset he sin erue binnen deme iare nicht, so moghen de sculdenere dat erue wol verkopen[5]). Also scal it ok wesen vmme tins de veruolghet is in den eruen.

Der Schlußsatz Also scal ꝛc. findet sich schon in dem Statut von 1292 wieder weggestrichen, und fehlt auch 1497. Die ganze

---

4) Um des Rechts der Selbsthülfe willen mag auch eine Vorschrift sich geltend gemacht haben, welche man freilich 1270 IX, 14 und 1270 VII, 3 a. E. noch nicht, sondern erst 1292 M, 11 und 1497 C, 4 § 2, so wie 1292 C, 18 und 1497 H, 10 findet, welche aber uralt sein dürfte, und einen Verkauf ohne Aufgebot (vgl. § 48 Num. 2) ausdrücklich statthaft erklärt.

5) Es ist hiermit die Procedur zu vergleichen, welche in den Brschw. Statuten vorkommt, vgl. Albrecht S. 152 Anm. 348.

Vorschrift ist aber unläugbar uralt. Daß dem Gläubiger es ausdrücklich untersagt werden muß, nicht eigenmächtig zum Verkaufe zu schreiten, daß der Rath hier zu vermitteln sucht, offenbar, weil dem Niedergerichte nicht die Gewalt zugetrauet wird, dem Recht der Selbsthülfe Widerstand zu leisten; daß der Schuldner die Summe soll einschreiben lassen; daß bei der Verkaufsbefugniß nicht ein öffentliches Verfahren ausdrücklich zur Vorschrift gemacht wird: alle diese Bestimmungen beurkunden in sich selbst ihr Alter. Wenn nach dem Verlauf der Jahresfrist die Gläubiger befugt werden, so erläutert sich dies aus einer weiteren Vorschrift, welche wir erst 1497 H, 7 antreffen, wo die Bemerkungen der Glosse für uns abermals wenig oder keinen Werth haben:

So we schult vordert, dar me pande vor leueren schal vt den weren des schuldeners, de neen beweglyck gud [6]) hadde dar me beredinge mede don konde, so dat me deme clegere sodane schult int erue moste vorwysen in maten vorberort: wat schuldenere bynnen iares vppe den suluen man ere schult wynnen myt rechte, de schal me wysen int erue alse den ersten, vnde scholen alle lyke na syn [7]). Denne na deme iare ghan se vor alle andere schuldener, de syck bynnen iares darane nycht hebben bewaret.

Den späteren Ursprung dieser Vorschrift erkennt man nicht blos in der Sprache, sondern auch in dem Inhalt. Daß nicht der Schuldner selbst, sondern man, somit das Gericht, die Gläubiger einweist, daß ferner die Gläubiger unter einander gleich stehen sollen, und nicht Demjenigen, der zuerst kam, den Vorzug eingeräumt wird: das Alles sind Umstände, die auf eine jüngere Zeit hinweisen, wo dem Recht der Selbsthülfe schon weniger zaghaft entgegengetreten zu werden brauchte (vgl. auch § 43).

---

6) Der Ausdruck kommt erst 1497 vor, vgl. § 55.
7) In gleicher Priorität, würden wir sagen.

§ 49.

III. Das Recht der Gewehr. Weitere Exegese von IX, 21.

Nach den bisherigen Erörterungen, durch welche vielfache Gelegenheit dargeboten ist, in das Altdeutsche Sachenrecht tiefere Blicke zu richten, komme ich auf das bereits § 25 ff. mitgetheilte Ordel von 1270 IX, 21 zurück, um die § 28 ausgesetzte Frage wieder aufzunehmen, ob und welcher Unterschied zwischen Besitz und Gewehr anzunehmen ist, und ob man die bisherigen doctrinären Ansichten von Deutschem Eigenthum und Deutscher Vindication beibehalten kann, oder sie nicht vielmehr aufgeben muß.

Um meine Ansicht hier präcis auszusprechen, so hat noch in der neusten Zeit Budde Zeitschrift 9, 424 ff. meines Erachtens das richtige Verständniß unseres Ordels darum verfehlt, weil er Römische Begriffe von Besitz, Eigenthum, Eigenthumsklage hineingetragen hat. Mir scheint es auch hier für die Gewinnung eines richtigen historischen Resultats unerläßlich zu sein, vor allen Dingen diese Begriffe, aber auch alle bisher traditionellen dogmatischen Begriffe von Deutschem Eigenthum und Vindicationsproceß aufzugeben, um unser Ordel und zu dessen Prüfung unser Ordelbuch mit ganz unbefangenen Augen betrachten zu können.

Daß wir zuvörderst jene Römischen Begriffe fahren lassen müssen, dazu muß uns nicht blos der Umstand veranlassen, daß unser Ordelbuch grade zu dem Zwecke gesammelt wurde, um das Eindringen des fremden Rechts abzuwehren, so wie ferner der Umstand, daß das alte Ordel ganz unverkennbar und auch unbestritten alte Germanische eigenthümliche Vorschriften enthält, sondern auch eine nähere Analyse der Römischen Begriffe selbst. Die Römische possessio umfaßt bekanntlich die Detention mit dem animus tenendi und den Wirkungen der Interdicte und Usucapion. Es läßt sich von Vorne herein nicht annehmen, daß ein so subtiler und raffinirter Rechtsbegriff in das Altdeutsche Rechtsbewußtsein sich sollte Eingang verschafft haben[1]), geschweige

---

1) Man kann selbst sagen, es läßt sich mit dem Altdeutschen National-Charakter viel eher vereinigen, daß ein Recht auf eine Thätigkeit, als daß es auf einen bloßen Zustand begründet wird. Das Recht aus einem Zustande ist Besitzrecht, und das Recht der Gewehr läßt sich auf das Recht einer Thätigkeit zurückführen.

daß dieselben oder auch nur ähnliche Rechtsinstitute, wie Interdicte und Usucapion, sich bei einer von der Römischen eben so sehr an Bildung und Lebensweise als im Charakter und sonstigen Naturbeziehungen unterschiedenen Nation vorgefunden hätten. In Hinsicht auf Usucapion wird dies speciell in einem Excurse zu § 3 nachgewiesen. Ein weiterer Beweis scheint überflüssig, es scheint genug zu sein, auf den Gegenstand uur endlich einmal aufmerksam zu machen, um fast gewiß zu sein, bei ruhiger und unbefangener Prüfung hier keinen Widerspruch befürchten zu dürfen. In dem Recht der Gewehr hat freilich Albrecht die Veranlassung gegeben, gleichsam stillschweigend den Besitz vorauszusetzen, und dann Unterschiede zwischen juristischer, d. h. solcher Gewehr ohne factischen Besitz, aber mit Realklage, und der reellen oder factischen Gewehr zu erfinden. Allein um nur einen einzelnen Satz zu nehmen, damit daran die totale Divergenz zwischen Besitz und Gewehr, so weit wir bisher den letzteren Begriff kennen gelernt haben, ins Auge springe, die l. 15 D. de a. v. a. poss. (41, 2) sagt: **Rem quae nobis surrepta est, perinde intelligimur desinere possidere, atque eam quae nobis vi erepta est.** Es ist hier klar ausgesprochen, daß der Römische Besitz sowohl durch Gewalt, als durch heimliches Entreissen verloren gehen kann. Darüber kann aber schon jetzt nicht mehr Streit sein, daß bei der Gewehr der Wille entscheidet (§ 27), daß dies Recht also weder durch List noch Gewalt einzubüßen ist.

Was ferner das Römische Eigenthum betrifft, so kann man noch weiter gehen, und sogar läugnen, daß man in unseren alten Statuten auch nur dem Ausdrucke, geschweige denn dem Begriffe begegne. In ersterer Hinsicht lehrt schon Grimm Deutsche R. A. S. 491, daß der Altdeutschen Sprache Substantive für dominus im Sinne von Eigenthümer fehlen. Auch das Wort Eigenthum findet sich in unserem ältesten Ordelbuche nirgends, und was den Ausdruck eigen betrifft, das daselbst einmal [2]) vorkommt, so ist es zu bestreiten, daß dabei auch nur an das

---

2) 1270 IX, 11 in der Zusammenstellung de heuet erue vnde eigen (vgl. 1497 J, 30).

natürliche oder bonitarische, dem Quiritischen zur Seite stehende Eigenthum (s. Puchta Institutionen Bd. 2 S. 598 ff. § 236 von Vangerow Pandekten Bd. 1 S. 474 ff.) gedacht werden darf, da es offenbar nur ein Grundstück bezeichnen soll, das man hat, ohne die Rechte daran näher zu bestimmen. Ueberhaupt hat das Eigenthum im Sinne des Römischen Rechts zweierlei charakteristische Eigenschaften, die beide für Rechtsinstitute nichts weniger als Germanisch sind. Theils wird es von unseren Civilisten nur gedacht in Beziehung auf gerichtlichen, mindestens auf Prätorischen Schutz, während es grade im Altdeutschen Rechte charakteristisch ist, daß dasselbe zunächst auf Selbsthülfe sich bezieht, und gerichtliche Rücksichten nur secundär in Betracht kommen. Theils aber begreift das Römische Eigenthum — und dies ist hier bei Weitem das Wichtigste — eine Totalität, und zwar einen Complex von allen Befugnissen einer Person an einer körperlichen Sache, die rechtliche Möglichkeit, alle diese Befugnisse ausüben, die vollständigste Herrschaft über die Sache in allen ihren Verhältnissen geltend machen zu können: vgl. Puchta Institutionen 2, 549 ff. von Vangerow Pandekten 1, 474. Die Beschränkungen, denen dieser Begriff in der Anwendung unterliegt, sind in der Art fest bestimmt, daß damit das Merkmal der Totalität nicht aufgehoben, sondern nur temporär begränzt wird. Sie sind also überall nur in der Beziehung zu der Totalität zu denken. Von Vangerow hat sich a. a. O. gegen die früher in der Doctrin des R. R. sehr gewöhnliche Eintheilung der Eigenthumsrechte in Proprietäts- und Nutzungsrechte nur deshalb erklärt, weil dadurch der Irrthum Nahrung bekam, als ob jene die wesentlichen für den Begriff des Eigenthums wären, während die Nutzungsrechte nicht weniger wesentlich sind, andrerseits aber wiederum keins der einzelnen Rechte, welche in dem Eigenthum enthalten sind, so wesentlich ist, daß nicht ein einzelnes fehlen könnte, ohne darum den Begriff aufzuheben. Dessenungeachtet, um sich den Begriff des Römischen Eigenthums in seiner Universalität vollständig zu denken, und in Hinsicht auf das Altdeutsche Recht sich von der Unverträglichkeit dieses Rechts mit jenem Begriffe zu überzeugen, dürfte es nicht unzweckmäßig sein, die in dieser Universalität möglichen Rechte

herzuzählen. Da findet sich denn bekanntlich, daß die denkbaren Rechte an einer Sache sich auf die negative Befugniß, alle Andern von der Verfügung über diese Sache auszuschließen, und auf die positive Befugniß zurückführen lassen, mit der Sache nach Willkühr zu schalten. Diese positive Befugniß begreift wiederum Dreierlei, das Besitzrecht, das Recht auf alle Früchte und Nutzungen, und die Gewalt, über die Substanz der Sache zu verfügen. Die letztere Gewalt, das eigentliche Proprietätsrecht, ist theils physisch, so daß der physische Zustand der Sache, theils juristisch, so daß ihr rechtlicher Zustand verändert werden kann, zu welcher rechtlichen Dispositionsbefugniß das Veräusserungsrecht gehört. Diese Analyse aller in dem dominium möglicher Weise enthaltenen Rechte, namentlich darin wiederum das Besitzrecht, und die Totalität dieser Rechte als eine Abstraction beweisen schon an sich, daß dem Alt-Hamburgischen Rechtsbewußtsein ein so complicirter und abstracter Begriff des Eigenthums fremd gewesen sein muß.

Es ist überflüssig, dabei sich aufzuhalten, daß die Römischen gerichtlichen Rechtsmittel des Eigenthümers (vgl. Puchta 2, 558), die vindicatio rei und die negatoria actio, dem Altdeutschen Rechte fremd gewesen sein müssen, namentlich schon deshalb, weil sie eben Eigenthum und Besitz voraussetzen.

§ 50.

Fortsetzung.

Ausserdem weiß unser altes Ordelbuch nichts von demjenigen Proceß, welchen unsere Germanisten als die Deutsche Vindication bezeichnet haben. Nicht einmal die Ausdrücke, in denen sie diese gefunden haben wollen, Anfang, sich zu einer Sache ziehen, sich einer Sache unterwinden, finden sich, ausser in der einzigen corrumpirten Stelle VI, 19, 1 (vgl. Vortr. 1, 2, 387)[1]) irgendwo im Statut, und es vereinigen sich mehrere

---

1) Lappenb. Vorr. zu den Hamb. R. A. S. LXX erklärt das Ordel als unserem Statut eigenthümlich in einer Hinsicht. — Wie unbekannt übrigens der Ausdruck Anfang unseren Vorfahren gewesen ist, beweist eine Vergleichung unseres alten Ordels von 1270 IX, 23 mit dem Sachsenspiegel III, 89, sofern dort der Ausdruck ane-

Gründe gegen die Voraussetzung eines gerichtlichen Verfahrens an jener Stelle. Für die gerichtliche Procedur überhaupt wird fast regelmäßig vorderen, (vor Gericht laden vgl. Vortr. 1, 2, 358) oder klagen, beklagen, verklagen gebraucht 1270 I, 15. III, 1. 3. V, 1. 6. VI, 1. 3. 8. VII, 3. 11. 13. 18. 20. VIII, 8. IX, 1. 2. 3. 4. 7. 8. 10. 15. 20. 25. 27. X, 1. XII, 6. 11. vgl. 1292 B, 7. Für den Anspruch auf eine Sache, wobei aber immer die Beziehung auf den Umstand, daß sie dune ofte roef war, vorkommt, finden sich nur die Ausdrücke anspreken, ansprake, bespreken und byspreken 1270 VII, 1. 2. 4. 6. 9. IX, 10 XII, 10 vgl. meine Vorträge 1, 2, 415; allein fast nirgends in einem solchen Zusammenhange, daß die Annahme einer gerichtlichen Procedur nothwendig ist, so daß man viel eher darin die Anerkennung des altnationalen Rechts der Selbsthülfe ohne gerichtliche Intervention annehmen kann, als die Voraussetzung gerichtlicher Formen. Wie wenig aber selbst diese in unserem ältesten Statut für den Anspruch auf eine Sache häufig vorkommenden Ausdrücke eine technische Bedeutung hatten, und etwa auf bestimmte Rechtsverhältnisse hinweisen, ergiebt sich u. A. aus dem Ordel VII, 17 [2]), wo die Ausdrücke anspreken, ansprake

---

vangen, der hier sich findet, nicht vorkommt. Vielleicht läßt sich daraus auf den späteren Ursprung des Zusatzes zum Sachsenspiegel (vgl. unten § 53 Anm. 1), und auf das spätere Aufkommen des Ausdrucks Anfang selbst der Schluß rechtfertigen. Aber es läßt sich freilich auch das Verhältniß noch anders auffassen, wenn man mit Grimm Deutsche R. A. S. 588 ff. vgl. Pöhls in den Rechtsfällen 3, 3, 39 Anm. 53, davon ausgeht, daß der Ausdruck Anfang ursprünglich beim Vieh vorgekommen ist, das der Eigner da sich fing, wo er es fand. Nimmt man an, daß Wort und Sache von dieser natürlichen Handlung der Selbsthülfe ihren Ursprung genommen haben; erklärt man etwa daraus, daß auch das Sprüchwort, Hand muß Hand wahren, zuerst sich im Billwärder Landrecht findet: so ist es möglich, daß der Gebrauch zuerst auf dem Lande aufgekommen ist, und sich erst viel später in die Städte und in den städtischen Verkehr Eingang verschafft hat.

2) Dieses Ordel stimmt mit vielen Stadtrechten überein, welche in Harmonie mit einer uralten Germanischen Rechtsgewohnheit (vgl. Eichhorn Rechtsgesch. I, 466 ff.) dem Aufenthalt eines Leibeigenen in ihrer Stadt während eines Jahrs und Tags die Wirkung beilegen, nicht von dem Leibherrn angesprochen werden zu

und bysprake von Demjenigen gebraucht werden, der sich als Bürger hier niedergelassen hat, und dem ein Anderer nachsagt, dat he sin egene were. Zwar bezeichnet Eichhorn Rechtsgesch. 2, 576 das Verhältniß der Unfreiheit einer Person als ein Eigenthum; wenn er sich jedoch desfalls auch auf den Sachsenspiegel 3, 32, 6 beruft, wo es heißt, daß man an einem Manne die gewere haben könne, so vermag ich auch hier wieder nicht das Römische dominium zu finden, sondern immer nur das Vertheidigungsrecht, dessen Object eine Person eben so wohl sein konnte, als eine Sache. Vielmehr bin ich nicht der Meinung, daß sich in unseren alten Ordelen eine Spur ermitteln läßt, als ob für Realklagen eine andere Proceßform Statt gefunden hätte, als für andere Klagen, so wie denn besondere Ausdrücke dafür nicht gebräuchlich gewesen sind.

§ 51.

Fortsetzung.

Durch die vorstehenden Betrachtungen werden wir fast nothwendig darauf hingeführt, genauer zu untersuchen, was in unserem Ordel IX, 21 unter den Formeln ut sinen weren let und in sinen weren heuet zu verstehen ist. Wir werden uns freilich vor allen Dingen hier daran erinnern müssen, daß selbst im Römischen Rechte trotz der Ausbildung seiner Rechtsprache ein gemischter Gebrauch des Wortes possessio vorkommt, das dort nicht selten (l. 15 D. qui satisdare (2, 8) l. 78. D. de V. S. (50, 16) einzelne Eigenthumsrechte in sich begreift; daß ähnlich so der Ausdruck possidere in unserem ältesten Stadt-Erbebuche gewiß nicht überall auf den Römischen Besitz beschränkt werden kann, z. B. 13, 16. 14, 3 und 7 (wo es mit habere wechselt) 77, 2 — 78, 6 mehrmals[1]); daß auch in unserem

---

können, Eichhorn 2, 218 Anm. g. Vgl. meinen Excurs zu § 3, und über das Entlaufen von Leibeigenen aus dem benachbarten Holstein interessante Notizen in Falck's Schlesw. Holst. Privatr. 4, 201. 211 und 220.

1) Pauli 2, 158 weist aus alten Lübischen Rechten nach, daß Kinder in der Wehre (vgl. unseren § 51 im weiteren Verfolg) Lateinisch als in possessione bezeichnet werden, was die Unfähigkeit der Lateinischen Sprache bestätigt, Besitz und Gewehr zu unterscheiden.

alten Statut von 1270 Ausdrücke vorkommen, die keinen rechtlich begränzten Begriff bezeichnen können, wie z. B. up Erueinsse sitt. II, 3 und 5, beseten syn ute dessem wicbelde, mit erue beseten syn oder sitten binnen beslaten wicbelde VI. 6. VII, 11. X, 7, wovon beseten und unbeseten (unser Erbgesessener) 1, 16. VII, 20. X, 3, oder gar Ausdrücke, wie besitten mit ereme deele III, 3, mit ereme gude besitten III, 4, besitten bliuen uppe dem gantzen gude III, 11, die in jenem Stücke III mit in den weren oder in der were bliuen sogar durcheinander abwechseln.

Nichts desto weniger wird es nicht zu gewagt erscheinen, wenn man bei einem, unserem alten Rechte ganz eigenthümlichen Ausdrucke, wie ut und in sinen weren einen besonderen Begriff annimmt. Wir werden, um diesen für unser ältestes Statut zunächst zu ermitteln, die sämmtlichen Stellen untersuchen müssen, wo der Ausdruck daselbst vorkommt.

Nun läßt es sich gar nicht läugnen, daß in den meisten dieser Stellen der Ausdruck eine lokale Beziehung enthält. Wenn der Hausherr 1, 9 (vgl. §. 13. 14) für seine Haushauer, sobald der Miethsmann heimlich aus der Stadt zieht, behalten soll, so wat he in den weren vind; wenn der Käufer gud in oder an sine were bringt VI, 23 und 27 (§ 53. 54. 55. 80); wenn Rath und Vogt, falls Jemand in Wetten verfällt, to sinen weren gehen, und daraus 12 Schill. pfänden sollen IX, 5 (§ 10), vgl. IX, 6 (§ 8) und 14 (§ 8 und 10) (vgl. Billwärder Landr. 8. 35. 44); wenn XI, 1 Jemand an des anderen weren geht, und in der were festgehalten wird; wenn XII, 2 Einer den Andern in einem Wirthshause ohne des Wirthes Schuld binnen sinen weren todtschlägt; wenn 1292 M, 24 der Dienstbote seinen Herrn oder seine Frau binnen sinen weren schlägt, so läßt sich jene lokale Beziehung nicht verkennen. Aber es fragt sich, ob in allen diesen Stellen die Lokalität, auf welche Bezug genommen wird, eine bestimmte Begränzung gehabt hat, und eventuell welche? In dem Ordel 1, 9 wird speciell von Haushauer, wenigstens an der hier zunächst in Frage stehenden Stelle, geredet; selbst läßt sich erwähnen, daß dort der Vermiether Hausherr genannt wird vgl. VI, 15. Ferner wird XI, 1 die Verletzung

der were ausdrücklich als Hausfriedensbruch bezeichnet. Nichtsdestoweniger läßt sich die fragliche lokale Beziehung nicht auf das Haus beschränken [2]). Denn das Ordel 1, 9 umfaßt ausdrücklich auch die Fälle, wo ein Garten oder eine andere Lokalität vermiethet wird. Am Schlusse von XI, 1 heißt es, wenn dem Wirthe an ein veile tauernen Gewalt zugefügt wird, da sei nene husvrede gebrochen, noch die were angefochten, und XI, 4, wo der Fall vorkommt, daß Jemand einen Andern in ein Haus verfolgt, und dort schlägt, wird der Gewehr gar nicht gedacht, so wenig als einer Verletzung derselben. Schon aus diesen Stellen dürfte mit Entschiedenheit gefolgert werden können, daß man Albrecht die Gewere S. 12 nicht beipflichten kann, wenn er meint, Gewere bezeichne so viel, als Jemandes Haus und Hof. Sein Argument aus Stat. Stad. VI, 2 (Puf. I app. p. 199) Stat. Verd. 50 (Puf. I app. p. 95) beweist nichts. Die Quelle dieser Statute ist unser Ordel von 1270 IX, 5 (vgl. § 10), wo gar kein Grund für die Annahme einer speciellen Lokalisirung sich findet, sondern man eben so wohl allgemein sich das Terrain denken kann, innerhalb dessen einer Person das Recht der Gewehr, und in dem speciellen Falle dem Rathe und Vogte die Pflicht zugestanden wird, dies Recht zu verletzen [3]).

Noch klarer wird dies aus den Stellen unserer Ordele von 1270 III, 2. 15. 17. IV, 6, wo von Kindern, die nicht abgetheilt sind, der Ausdruck gebraucht wird in der were sin oder bliuen, und es sogar von Eltern und Kindern zusammen heißt III, 4, daß sie in der were sind. Albrecht S. 13 findet auch in der Redensart: Kinder in der Were den Sinn: Kinder im Hause, Kinder in der väterlichen Gewalt, und setzt sie der separata oeconomia entgegen. Allein das erwähnte Ordel III, 4 widerstrebt dieser Ansicht, wo auch von den Eltern gesagt wird, daß sie mit den Kindern sich in der were befinden, so wie in den anderen Ordelen offenbar den Kindern in der were nicht die

---

2) Andererseits darf man Haus und Wehre auch nicht als disparate Begriffe unterscheiden. Vgl. oben § 15 S. 109 Anm. 1.

3) Man wird daher auch das Römische Hausrecht von der Germanischen Heilighaltung der Wehre unterscheiden müssen, vgl. meine Vortr. 1, 2, 395 Anm. 1.

Kinder, welche das elterliche Haus verlassen haben, sondern die abgetheilt (utgesunderget III, 2. 4. 17) (vgl. § 62) sind, und von denen überdies ausdrücklich gesagt wird, sie sollen mit ereme deele besitten bleiben (III, 3. 11. 15. 17. IV, 6), entgegengesetzt werden. Richtiger beschränkt daher Pauli Abh. aus dem Lübischen Rechte 3, 88 die Bedeutung der Redensart auf das Zusammensitzen, das Zusammenbleiben der Kinder mit den Eltern oder dem überlebenden Ehegatten oder auch unter sich im ungetheilten Gut, und führt damit diese Redensart auf die Zeit zurück, wo die Wehre die befriedete Hofstelle, den einzigen Gegenstand des Vermögens, in welchem sich mindestens alles übrige Besitzthum concentrirte, bezeichnete.

§ 52.

Fortsetzung.

Nach den bisherigen Beispielen, wie das Wort were in unseren alten Ordelen gebraucht wird, scheint die Ansicht Cropp's Beitr. 2, 1, 16 ff. hinreichend gerechtfertigt, daß „die letzte Wurzel der ganzen Sache in der Art der Germanischen Ansiedelungen zu suchen sein möchte." Eichhorn ist freilich anderer Meinung, Rechtsgesch. 2, 654, Privatr. § 156 Anm. aa. Es müsse, meint er, bei der Erklärung des Ausdrucks Gewehre der Begriff des gesicherten, geschützten Verhältnisses ohne Beziehung auf den Gegenstand oder auf die juristischen Wirkungen zum Grunde gelegt werden, und es sei, was Cropp als die ursprüngliche Bedeutung annehme, „wohl auch nur eine abgeleitete." Mir scheint jedoch sich Alles natürlicher und folgerechter zu entwickeln, wenn man davon ausgeht, die Gewehre habe sich ursprünglich auf den befriedeten, durch die Sitte geheiligten Bezirk bezogen, den der Germane mittelst bestimmter Gränzen, Wehren, um seine Ansiedelung gezogen hatte. Das Recht, diesen Bezirk zu vertheidigen, hat sich auch auf diejenigen Gegenstände ausgedehnt, die sich innerhalb der Gränzen des Bezirks befanden. Man hat weiterhin das Recht, eine Sache zu vertheidigen, auch ohne specielle Beziehung auf jenen Bezirk, mit dem Ausdruck, Recht der Gewehr, in specieller Hinsicht auf eine bestimmte Sache, bezeichnet, oder vielmehr, da der Ausdruck Recht der Gewehr nur doctrinär ist,

und nirgends in den alten Ordelen vorkommt, eine Sache in sinen weren haben, habe blos dies Recht ausgedrückt.

Etymologie, Sprachgebrauch, Logik: Alles scheint sich hier zu vereinigen, um meine Ansicht zu rechtfertigen. Es mag dabei nebenher noch eine Bemerkung erlaubt sein. Man wird es nämlich wohl nicht bestreiten können, daß etymologisch und auch hin und wieder im Sprachgebrauch des gemeinen Lebens die Gewehr, sofern sie dasselbe bedeutet, was Investitur oder das deutsche Wort Einsetzen, von der Gewehr als dem Recht der Selbstvertheidigung, und ferner von der Gewehr, die man gewöhnlich Gewähr, warschup, 1270 I, 6 nennt, unterschieden wurde, vgl. Grimm R. A. S. 555 und 602. Aber dem Rechtsbegriffe nach läßt sich ein innerer Zusammenhang dieser Ausdrücke nicht verkennen [1]); die Investitur hat sich offenbar nur zunächst auf das Recht der Selbstvertheidigung bezogen; welche Rechte sonst dazu traten, das ergab sich aus den Umständen, Gewehr bezeichnete nicht sowohl das Recht auf Schutz, bezog sich nicht sowohl auf ein passives Verhalten, als es vielmehr die positive Befugniß enthielt, sich selbst oder die Sache oder Person, die sich mit uns in derselben Gewehr befand, abgesehen von einer speciellen Lokalität oder Detention, vertheidigen zu dürfen.

Daß der Ausdruck „in den weren haben" schon frühzeitig ein Recht, und nicht eine lokale Thatsache bezeichnete, ist allerdings unläugbar. In dieser Hinsicht und überhaupt wichtig ist das alte Ordel von 1270 II, 1, welches von Eichhorn Rechtsgesch. 2, 678 Anm. d. deshalb citirt wird, weil es am deutlichsten die Natur des durch den Rentenkauf entstehenden dinglichen Rechts beschreibe.

Dies alte Ordel, das von Lappenberg Vorr. p. LXVIII als unserem Ordelbuche eigen erklärt wird, und ebenso auch Stat. Rig. 22 (Puf. III. app. p. 231) und Lub. Hach. III, 264, jedoch nicht im Stader Statut, das ferner 1292 D, 1 und H, 1, nicht aber 1605 vorkommt, lese ich folgendermaaßen:

---

1) Auch Gaupp in Reyscher's und Wilda's Zeitschr. 1, 97 ff. ist der Meinung, daß Grimm die drei Wörter zu streng unterscheide, da sie nur verschiedene Seiten desselben Grundgedankens ausdrückten.

So wor een man vorkoft an syn erue eruetyns, it sy mynre ofte mere, degenne de den eruetyns utgeuen schal, hulpe em God, dat he de pennynge wunne, ofte dat he syn erue vorkofte, unde den eruetyns losen wolde, vnde geue he denne ener marke mer van iewelîker mark, den de eruetyns iegen eme koft were, dar mede schal syn erue vry wesen. Is it over myn, so schal he eme geuen also dar to boret. Wolde over een man synen eruetyns losen, vnde worden se twidrachtich, so dat de ene sede, dat de eruetyns durer koft were, unde de andere sede myn, vnde togen se dat uppe tuch beyde; de den eruetyns koft heuet vnde in sinen weren heuet, de schal to rechte tugen wo dat de eruetyns gekoft sy. Ne hedde ouer erer eyn nenen tuch, vnde toge de andere uppe tuch, de scholde to rechte tugen. Mer teet se beyde uppe nenen tuch, so is de, de den eruetyns in siner were heft, nager to beholdende up den hilgen, wo dat he koft sy, denne eme ienich man af to wynnende sy.

Man darf wohl unserem Ordel ein höheres Alter zuschreiben, als 1258, da in unserem ältesten Stadt-Erbebuche es schon von 1258 an gebräuchlich wird (vgl. 39, 1), auch Erbenzins zu resiguiren, aber unser Ordel eine solche Resignation noch nicht kennt, oder wenigstens derselben nicht erwähnt[2]), wiewohl aus demselben

---

2) Albrecht die Gewehre S. 158 zu Anm. 364 und ferner in der Anm. 381 behauptet zwar, daß der Rentenkauf zu den Geschäften gehört habe, die eine gerichtliche Auflassung erfordert, allein er bezieht sich auf Statuten und Urkunden, die sämmtlich sogar jünger sind, als unsere Ordelsammlung von 1270. — Wenn er übrigens S. 158 Anm. 366 meint, in unseren und den Lübischen Statuten liege es klar vor, daß der Rentenkauf und das Austhun eines Grundstücks auf Erbzins nur zwei verschiedene Entstehungsarten eines und desselben Rechtsverhältnisses gewesen: so weist er freilich mehrere Punkte nach, in denen beide Contracte übereintreffen; allein es würde mir sehr bedenklich scheinen, daraus weitere Folgerungen für das Recht der Gewehr herzuleiten. Noch mehr möchte ich davor warnen, aus den Verhältnissen des Lehnrechts mit Eichhorn Privatr. § 156 den altdeutschen Begriff der Gewehr erläutern zu wollen, da im Lehnrecht viel Römisches Recht enthalten, und das Bestreben vorherrschend ist, dies mit dem Deutschen Institut zu amalgamiren.

grade die Wichtigkeit, vor Gericht die Gewehr abzutreten, sich ergiebt, als das sicherste Mittel, den Streit abzuschneiden, ob und mit welchen Befugnissen der Käufer das Gewehrrecht erlangt habe oder nicht. An das „in sinen weren haben," das hier dem Erbzinskäufer beigelegt wird, ohne das er es allemal hatte, werden, wie man sieht, sehr erhebliche Wirkungen geknüpft. Nichtsdestoweniger wird der Ausdruck von dem Verkäufer des Erbzinses gebraucht up Eruetinse sitten II, 3 und 5 (vgl. § 11 und 77), so daß es hieraus, wie überhaupt aus den Dispositionen II, 3 (vgl. § 11) klar sich ergiebt, daß von einem factischen Besitz der Ausdruck „in sinen weren haben" nicht verstanden sein kann. Auch Eichhorn a. a. O. im Texte S. 678 giebt zu, daß der Zinsschuldner im Besitz der Sache blieb, und daß nur von einem „dinglichen Rechte" des Gläubigers die Rede sei. Nun spricht sich Albrecht S. 169 in dieser Hinsicht noch präciser dahin aus, daß „man sich das Recht auf den Zins mit dem Rechte an der Sache selbst zu einem gleichartigen Ganzen mit dem Charakter einer Gewehr verwebt gedacht habe," und S. 173 zählt er sogar mehrerlei Arten der Gewehr auf, die nach dem Sächsischen Landrecht in dem Rentenkauf sich ermitteln ließen. Mir scheint hier Zweierlei unrichtig. Einmal widerlegt unser obiges Ordel die Voraussetzung Albrecht's, als ob beim Rentenkauf allemal eine Uebertragung der Gewehr Statt gefunden habe. Sodann folgt daraus, daß das Recht der Gewehr übertragen war, daß also vom Käufer der Erbzins, von dem im Anfange des Ordels es heißt, so wor en man vörkoft an sinem erue eruetins, gesagt werden konnte, er habe ihn in sinen weren, noch nicht ohne Weiteres, daß der Käufer mit dem Recht der Vertheidigung auch zugleich von selbst etwa andere Eigenthumsrechte, z. B. Nutzungsrecht, Proprietätsrecht, erlangt habe, war der Wille des Verkäufers nicht speciell darauf gegangen. Das Recht der Gewehr enthielt an und für sich nur eben dies Vertheidigungsrecht.

§ 53.

Fortsetzung.

Daß das Recht der Gewehr nicht den factischen Besitz involvirt habe, ist so eben aus II, 1 nachgewiesen. Eben so wenig

wird man dem Hausherrn an den Illaten, von denen es doch heißt, daß er sie in den weren vind, 1, 9 (vgl. oben § 13) eine Detention, ein reelles Innehaben, beilegen können. Dagegen wird in dem Ordel von 1270 IX, 23, vgl. die Parallelen desselben 1292 M, 19. 1497 O, 16. Stad. VI, 20 (Puf. I. app. p. 206), Verd. 147 (Puf. I. app. p. 124), Rig. 125 (Puf. III. app. p. 263), Lub. Hach. III, 374. Brem. d. a. 1303 Ord. 99 (Ed. Oelr. p. 125), d. a. 1428 P. 1 c. 31 (Oelr. p. 336) d. a. 1433 ord. 98 (Oelr. p. 547)[1]), wo der Fall entschieden wird, wenn Jemand das Gut eines Andern aus Versehen für sein eigenes in Besitz nimmt, der Ausdruck in den weren vermieden. Ebenso wird dieser Ausdruck auch nicht von Demjenigen gebraucht, der ein offenbar gekauftes Raub- oder Diebsgut unverholen unter sich hat, 1270 XII, 5 (vgl. § 62), oder der Räubern oder Dieben Gut abjagt, 1270 XII, 6 (vgl. § 3). Wenn es XII, 4, vgl. Cod. Lub. Hach. IV, 53, heißt, auch das sei eine handhafte That, ofte he duve ofte rov an sinen weren heuet, dar he sulven den slötel to dreghet, vnde, oft men darna vraghet, dat he des vorsaket, so steht hier der Ausdruck entweder darum, weil man aus diesen äusseren Umständen seinen entschiedenen Willen folgert, das Vertheidigungsrecht an diesem duue ofte rov auszuüben (vgl. meine Vortr. 1, 2, 408), oder der Ausdrnck bezieht sich lediglich auf die Lokalität ohne weitere rechtliche Attribute, oder er wird eben so uneigentlich gebraucht, wie sonst possessio und Besitz.

Wenn aber unbestreitbar der Ausdruck in den weren haben nicht den factischen Besitz involvirt, so läßt sich der Albrechtschen Distinction zwischen juristischer und factischer Gewehr irgend eine rechtliche Consequenz nicht beilegen. Es hätte auffallen müssen, daß in unserem ältesten Statut nirgends ein Kunstausdruck für

---

1) Vgl. Cropp-Beitr. 2, 1, 9 Anm. 2. — Lappenb. Vorr. zu den Hamb. R. A. S. LXIV macht darauf aufmerksam, daß dieses Ordel im Sachsenspiegel III, 89 als ein späterer Zusatz zum Repgowschen Text von Homeyer nachgewiesen ist. Nichtsdestoweniger läßt sich sein hohes Alterthum nicht verkennen, und nur annehmen, daß dem Anhaltschen Ritter seine Arbeit nicht vollständig gerieth. Vgl. oben § 50 Anm. 1.

einen solchen Unterschied vorkommt. Nur an einer einzigen Stelle findet sich die Form hebbende weren [2]), nämlich VII, 9, 2 (vgl. § 62), und daß es dort nicht etwas Besonderes bezeichnen soll, beweist sich aus dem übrigen Ordel, wo § 1 und 3 der Ausdruck mit den einfachen weren abwechselt, und alle Beide Gewehr mit factischer Detention bezeichnen.

Ebenso wenig läßt sich Eichhorn beipflichten, der Privatr. § 156 meint, die factische Möglichkeit, über eine Sache zu verfügen, gebe, verbunden mit dem Rechte, den Schutz des Richters gegen jeden Dritten in Anspruch zu nehmen, die Gewehr im technischen Sinne dieses Ausdrucks. Es ist bereits nachgewiesen, daß schon in unseren ältesten Ordelen das Recht der Gewehr eine factische Möglichkeit nicht involvirt, über eine Sache zu verfügen. Ebenso wenig kann die Bezugnahme auf richterlichen Schutz zugegeben werden, da der Inhalt der hier in Betracht kommenden Ordele sich auf eine Zeit zurückführen läßt, wo Proceß und Gericht nicht, sondern das Recht der Selbsthülfe zunächst berücksichtigt wurden. Auch wäre es doch etwas seltsam gewesen, darin einen besondern gerichtlichen Schutz der Gewehr zu erblicken, daß der Inhaber zuerst schwören oder Zeugenbeweis liefern z. B. 1270 XII, 5, 1 (§ 57. 62) vgl. Sachsensp. II, 36, 1, den Warant stellen XII, 5, 3 (§ 57. 62 vgl. Sachsensp. II, 36, 5), ja sogar das Geld, das er für die Sache gab, verlieren XII, 5, 2 (vgl. § 57. 62 Sachsensp. II, 36, 4), und endlich das Gut mit Buße und Gewette lassen soll, weil er seinen Gewährsmann nicht stellen kann Sachsensp. II, 36, 5 vgl. 1270 XII, 5, 3 (vgl. § 57. 62). Hier liegt es doch auf flachster Hand, daß das Recht des Klägers, sein Rechtschutz weiter gegangen ist, als der Schutz des Gewehrsinhabers, und man fragt, worauf gründet sich dieses? Die Frage läßt sich nicht anders beantworten, als durch Hinweisung auf das alte Nationalrecht (§ 1), wo-

---

2) Dieser Ausdruck kommt in den jüngeren Bremer Statuten häufiger vor, vgl. Cropp Beitr. 2, 1, 26 Anm. 23. Die von Cropp dort allegirten Stellen sind jedoch weiter nicht zu benutzen, da in den meisten schon Verwechselungen mit Römischen Rechtsbegriffen unverkennbar sind.

nach man dem Recht der Gewalt mehr Einfluß einräumte, als dem Recht der Gewehr.

Noch weiter entfernt sich Albrecht S. 11 Anm. 32 von der geschichtlichen Wahrheit, wenn er davon ausgeht, es sei mit der Gewehr allemal die freie Verfügung über die Sache verbunden gewesen, und den Ausdruck in unserem Ordel von 1270 1, 12 vormund des erues, wo die meisten und besten Handschriften voremund vnde weldich lesen [3]), als mit dem Recht der Gewehr gleichbedeutend betrachtet. Die Prämisse ist unrichtig. Es kann nicht zugegeben werden, daß mit der Gewehr allemal die freie Verfügung über die Sache verbunden gewesen. Vormund bezeichnet allerdings die Vertretung, den Schutz [4]), sonst von der Gewalt über Personen gebraucht, hier auf das Verhältniß zu Sachen übertragen. Warum wird hier aber der Ausdruck voremund und weldich gebraucht, und nicht in den weren? Man sieht, der Ausdruck voremund begreift entweder mehr, oder eben weil er nicht mehr als die Gewehr, das Recht der Vertretung und Vertheidigung, umfaßt: so ist die Lesart, die den Zusatz hat vnde weldich richtiger, da dieser Zusatz die Gewalt über die Sache bezeichnet, also diejenige Dispositionsbefugniß, kraft deren der gude man hier das Gut theilen und vergeben kann, wenn seine Intestaterben nur nicht widersprechen, also, wie man sieht, doch auch nur eine beschränkte Dispositionsbefugniß. Diese Gewalt, aber nicht das Recht der Gewehr wird bezeichnet mit dem Ausdruck weldigen I, 11 (§ 8), I, 14 (§ 45). So heißt es 1, 8 (§ 40) des syn se weldich to geueu vnde to sellende weme dat se willet. Weldich und mechtig sind

---

3) Ebenso Stat. Stad. 1, 8 (Puf. I. app. p. 173) und Lub. Hach. III, 253, Rig. 10 (Puf. III, app. p. 223) scheint corrumpirt, indem es dort heißt vnde wer yß. Lappenb. Vorr. zu den Hamb. R. A. S. LXVIII betrachtet das Ordel als eine der Eigenthümlichkeiten unseres ältesten Statuts.

4) So heißt mundibordum (wie vulbord) in unserem ältesten Stadt-Erbebuche 165, 23 Bevollmächtigter. Herr Dr. Reimarus S. 445 meint: Administrator; allein mir scheint der Zusammenhang zu ergeben, daß es blos Mandatare waren, um das Erbe zu resigniren. Vergl. auch Pauli Abh. 3, 320.

III, 7 Synonyme[5]); de man sines gudes entweldiget III, 8. weldichlich IX, 4. 8. X, 1. Von wold III, 14. IX, 4. 8., wovon auch woldbode 1, 10 und häufig.

Man erinnere sich, I, 14 (§ 45 und § 48 sub 3) wird gesagt, nachdem der Vogt und Rath dem Pfandgläubiger das Erbe gewältigt haben, sie sollen dem Schuldner gebieten auszuziehen, und wenn dieser gleichwohl in der Wehre sitzen bleibt, so soll er die Gewalt bessern, und er sitzt nach dreimaliger Aufforderung up sines sulues hals. Das Recht der Gewehr wird ihm noch zugeschrieben, ungeachtet der Gläubiger bereits die Gewalt über das Erbe hat, oder man muß den Ausdruck so verstehen, daß er sich blos auf die Lokalität beschränkt, was aber keinen Sinn hat, weil dann, wenn er gar kein Recht mehr hätte, kein Grund vorhanden ist, warum er nicht ohne Umstände hinausgeführt wird, vgl. Statut von 1292 (§ 45 a. E.). Wenn also Albrecht S. 152 Anm. 347 meint, das weldigen begreife Einweisen in den factischen Besitz und in die juristische Gewehr, so ist Beides in Abrede zu stellen. Denn trotz des weldigen wird I, 14 angenommen, daß der Schuldner noch in der were sitzt, welcher Ausdruck doch offenbar nicht blos den factischen Besitz, sondern auch die Gewehr begreift.

§ 54.

Fortsetzung.

Die bisherigen Betrachtungen (§ 51 — 53) sind mit Radien zu vergleichen, welche insgesammt auf den Satz als Mittelpunkt meiner ganzen Darstellung zurückführen, daß man unter den Ausdrücken ut sinen weren let und in sinen weren heuet nur das Recht der Vertheidigung in Beziehung auf die in Rede stehende Sache im Auge gehabt habe. Von dem Besitz, von einem andern Realrechte, von irgend einem in dem Totalitätsbegriffe des Römischen dominium enthaltenen Rechte, ausser dem Rechte der Selbstvertheidigung, muß hier gänzlich abstrahirt werden. Alles, was man im Germanischen Rechte ursprünglich mit dem Römischen Eigenthum vergleichen kann, läßt sich auf das Recht der Gewehr und auf den Umfang des Willens bei Veräusserungen, wie

5) Vgl. meine Vortr. 1, 2, 399 Anm. 3.

weit das Recht der Gewehr abgetreten, welche Befugnisse an der Sache eingeräumt und anerkannt werden sollten, zurückführen. Die Römischen gerichtlichen Rechtsmittel zum Schutze des Eigenthums setzen zwei dem Deutschen Rechte fremde Rechtsbegriffe, Eigenthum und Besitz, voraus. Wer dagegen bei uns das Recht der Gewehr geltend machen wollte gegen einen Dritten, mußte das Gut als Duve oder Raub ansprechen. Es genügte nicht das Römische rem meam esse aio. In so fern verlangte der Germanische Anspruch auf eine Sache mehr als die vindicatio. Andrerseits setzen die Römischen Schutzmittel des Eigenthums allemal processualisches Verfahren und Gericht voraus, was dem Germanischen Geltendmachen der Gewehr begrifflich und ursprünglich fremd ist.

Wenn wir somit den eigentlichen Sinn des alten Ordels IX, 21 treffen wollen, so müssen wir es so auffassen: Es kommt bei der Beurtheilung des Verhältnisses einer Person zu derjenigen Sache, die aus den Wehren gelassen war, zunächst ganz wesentlich darauf an, wohin der Wille des Veräussernden ging. Wer freiwillig eine Sache aus seiner Wehre ließ, mit der Zweckbestimmung[1]), daß ein Anderer sie ohne irgend eine Beschrän-

---

1) Dieses Moment, der Umfang des Willens des Veräussernden, wird von unseren Germanisten übersehen. Wenn Maurenbrecher in seinem Lehrbuch 1, 506 sagt, die Rechtsregel „Hand muß Hand wahren" hänge genau mit der processualischen Intention des Anfangs zusammen, indem man sich über rechtswidrige Entfremdung nicht habe beschweren dürfen, wenn man selbst die Sache fremder Hand anvertrauet: so ist dies Räsonnement unrichtig, weil das wesentliche Moment in dieser Materie nicht blos in der allgemeinen Willensrichtung, daß man die Sache einem Fremden anvertrauet, sondern auch darin zu finden ist, bis zu welchem Umfange man die Sache aus seinen Wehren hat lassen wollen. Aus dem Räsonnement Maurenbrecher's geräth man noch auf ein anderes Resultat, das man nicht als das richtige anerkennen kann, ungeachtet man es bei vielen neueren Germanisten antrifft. Maurenbrecher fährt nämlich so fort: „Die Regel „„Hand muß Hand ꝛc."" hätte mit dem Untergange des Anfangsprocesses, und seitdem jetzt der Diebstahl Gegenstand eines besonderen Strafverfahrens geworden, untergehen müssen, ist aber als eine materielle Beschränkung der Vindication in einzelnen Particularrechten geblieben." Jetzt ist sie eine Einrede geworden,

kung in die seinige nehmen sollte, kann, falls dieser Andere sie in seine Wehre nahm, und darnach auf irgend eine Weise veräusserte oder verlor, einen Civilanspruch nur an diesen haben, dem er das Recht der Gewehr überlassen hatte, und selbst nach dessen Tode nur die Erben desselben in Anspruch nehmen (vgl. unten § 92). Denn das Recht der Gewehr, somit allen Civilanspruch auf die Sache hatte der ursprüngliche Veräusserer, so-

---

schließt M. dieses Räsonnement, während sie ursprünglich ein Klagverbot war. Ich kann dieser ganzen Argumentation nicht beipflichten. Die Regel „Hand ꝛc." hatte mit dem Processe selbst ursprünglich nichts zu thun, so wie es denn auch unrichtig ist anzunehmen, als ob für den Diebstahl jetzt ein anderes Strafverfahren geschaffen, und als ob nun die Regel auf die Vindication zu beziehen sei. Wenn alle älteren Juristen annehmen, die Regel sei ursprünglich zur Erleichterung des Verkehrs erfunden, so ist dies eben so unrichtig, als wenn man meint, sie sei jetzt beibehalten, sie sei es noch, die in Betracht komme, wo es gilt, gegen die Römische Vindication den rechtlichen Erwerber, den Besitzer im guten Glauben, zu schützen. Wir glauben vor diesen Auffassungen warnen zu müssen. Die alte Regel hing mit dem Recht der Gewehr wesentlich zusammen, mit dem Fundamental-Princip desselben, dem Recht der Willkühr. Seitdem dies Recht der Gewehr aus dem rechtlichen Bewußtsein verschwunden ist, und den Römischen Begriffen von Besitz und Eigenthum Platz gemacht hat: so mußte die alte Rechtsregel zwar auf die Vindication des Römischen Rechts ihren Einfluß ausüben; allein in einer um so beschränkteren Ausdehnung, da durch das Römische und Canonische Recht auch die bona fides des Erwerbers, die Ueberzeugung desselben von seiner Berechtigung zum Besitz (vgl. Savigny System 5, 337), ein besonderes Gewicht erhielt. Auch dieser Begriff hat aber zunächst auf gerichtliches Verfahren Bezug, indem aus dem Beweise, daß die Ueberzeugung fehlt, eine wirkliche Einrede entsteht, welche den Klaganspruch elidirt. Unser altes Recht kennt dagegen in den meisten seiner ächten und unverfälschten Bestimmungen eine solche unmittelbare und durchstehende Bezugnahme auf Gericht und gerichtliche Procedur nicht. Uebrigens war es auch eine ganz natürliche Wirkung des Römischen Rechts, daß man durch die alte Rechtsregel dem redlichen Besitzer zu Hülfe zu kommen suchte, was man in neuster Zeit ausgedehnt, und auch dadurch den Umfang der mit dem Römischen Recht recipirten Römischen Vindication beschränkt hat. Wir werden § 65. 66 sehen, was für ein Rechtszustand sich auf diese Weise zuletzt herausbildete.

bald sie sich in der Gewehr dessen, dem er sie überlassen hatte (Sachsensp. 3, 22, 3), nicht mehr vorfand, freiwillig aufgegeben. Es wird hier über Besitz oder Eigenthum nichts entschieden; sondern es kommt lediglich das Recht der Gewehr mit den Folgen in Betracht, welche dessen freiwillige, in der bestimmten Ausdehnung vor sich gegangene Aufgebung nach sich zieht. Ebenso wenig war es die Meinung des alten Ordels, sich darüber auszusprechen, was für Rechtsmittel dem ursprünglichen Leiher oder Pfandsetzer zu Gebote ständen, welcher irgendwo seine Sache wieder antraf[2]). Daß der Mann, der eine Sache an sich lieh oder in Versatz nahm, dafür aufkommen muß, sollte nur gesagt werden, wie die von 1270 datirte Ueberschrift unseres Ordels bestätigt (§ 27 ff.). Erst als sich allmälig die Römischen Rechtsbegriffe von Besitz, Eigenthum und Vindication Eingang verschafften, bekam die Auffassung des alten Ordels einen neuen Inhalt und Umfang. Man substituirte an die Stelle des activen Gewehrrechts den Römischen passiven Besitz, an die Stelle des subjectiven Lassens aus der Gewehr die Römische objective Tradition, und schnitt nun mit demselben Ordel dem Römischen Eigenthümer die Römische Eigenthumsklage ausser dem Falle der Criminalansprache ab (§ 65. 66).

Wie wenig unser altes Ordel diese Consequenzen zuließ, mag der Umstand beweisen, daß selbst das, schon weiter als das Ordel gehende, aber doch noch weit diesseits der neueren Ausdehnung desselben bleibende Sprüchwort „Hand muß Hand wahren" unseren alten Stadtrechten und ihren Verwandten ganz fremd ist,

---

2) In so fern stimme ich der nur nicht von ihm recht festgehaltenen Ansicht Maurenbrecher's Lehrb. 1, 506 bei, daß in diesem alten Ordel nicht von einem gerichtlichen Verfahren die Rede ist, somit sich die Casuistik Eichhorn's erledigt, welche einen Proceß voraussetzt. Nichtsdestoweniger kann ich zwischen diesen beiden Germanisten nur die vermittelnde Ansicht als die richtige anerkennen, daß ich zwar mit M. es nicht in Abrede stellen kann, daß das Princip des alten Ordels bei allen Germanischen Völkern (Holland, England, Frankreich, Skandinavien) vorkommt, daß dasselbe aber erst später seine weitere Umgestaltung durch den Einfluß des Römischen Rechts erhalten hat.

und zuerst im Billwärder Landrecht von 1498 Art. 69 [3]) vorkommt. Dort steht die Regel noch in einer so großen Beschränktheit, daß sie die Hinsicht auf die Gewehr ganz ausläßt, indem sie speciell für die Leihe gegeben wird, und nur vorschreibt, wer Etwas ausleihe, müsse es von Demjenigen wiederfordern, dem er es lieh, weil Hand Hand wahren müsse. Irgend eine Bezugnahme auf Sachenrecht oder gar eine Beschränkung der Regel darauf findet sich im Landrecht nicht, und läßt es sich nicht einmal darüber aus, welche Rechtsverhältnisse sonst unter den Contrahenten entstanden, wie es denn dazu auch keine Veranlassung ergiebt. Wie wenig das fragliche Sprüchwort frühzeitig eine solche Bedeutsamkeit hatte, als später durch den Einfluß des Römischen Rechts, bestätigt sich daraus, daß es ausser dem Billwärder Landrecht nur noch im Verdener Statut vorkommt, welches aus dem vierzehnten Jahrhundert stammt (vgl. Albrecht die Gewehr S. 88 Anm. 187. Budde Zeitschr. 9, 423 Anm. 19), dort de waret sinen man heißt (Verd. 57 Puf. I app. p. 98 [4]), und in unser altes Ordel IX, 21 statt der Worte

de ne mach dar nene vorderinge af hebben, sunder vppe dene

---

3) Es heißt dort:

We deme anderen wes lenet, de schal eme dat wedder afeschen, wente Handt schal Handt waren.

Lappenberg's Not. 34 dazu, S. 42 der früheren Separatausgabe vom Jahre 1828, bedarf nach meinen im Text oben gegebenen Erörterungen vielfacher Berichtigung.

4) Eichhorn Einl. § 171 Not. 1, Maurenbrecher Lehrb. zweite Ausg. von 1840 I, 506 Anm. 6 und Brackenhoeft Zeitschr. 5, 158 Anm. 4 behaupten, der Grundsatz „Hand muß ꝛc." komme zuerst hier im Verdischen Statut seiner Wortfassung nach vor. Allein man darf nicht übersehen, daß es dort heißt, de waret sinen man, deme he idt gedahn hefft, nicht aber, wie im Billwärder Landrecht, Handt schal Handt waren. Mir scheint überhaupt alles Argumentiren aus den beiden Sprüchwörtern Hand muß ꝛc. und Wo du deinen Glauben gelassen ꝛc. viel Bedenkliches zu haben, und so muß Reyscher's Versuch (Zeitschr. 5, 199), durch diese Sprüchwörter Eichhorn's Auffassung der Materie zu widerlegen, wie ingeniös er auch ist, als verfehlt betrachtet werden. Die fraglichen Sprüchwörter sind erwiesenermaaßen viel jüngeren Ursprungs, um hier irgend eine Bedeutung für die richtige Auffassung des uralten, selbst schon im Sachsenspiegel 2, 60 nicht mehr

eingeschoben ist, so daß diese damit als identisch betrachtet werden dürfen.

Erst in dem 1586 publicirten Revidirten Lübischen Rechte 3, 2, 1 und 2 begegnen wir den beiden Sprüchwörtern „Hand muß Hand wahren" und „Da Jemand seinen Glauben gelassen, da muß er ihn wiederum suchen", welche Mevius in seinem Commentar (1664) für gleichbedeutend erklärt, eine Ansicht, welche auch von Pütter (vom Eigenthum S. 70 Anm. 106), Brackenhoeft (Reyscher's Zeitsch. 5, 160 Anm. 10) u. A. getheilt wird. —

§ 55.

Fortsetzung.

Wenn man nun in dem Ordel IX, 21 festhält, daß es nicht sowohl eine Proceßregel, als vielmehr den Satz enthalten soll, Jemand, welcher bei Contracten, deren Wesen in der Ueberlassung einer Sache an einen Andern besteht, diese Sache, an der der Veräusserer das Recht der Gewehr ausübt, aus seinen Wehren, sei es zu welchem Zweck es wolle, freiwillig ließ, dürfe sein Recht der Gewalt nur gegen den Andern, der demgemäß die Sache in seine Wehren genommen hatte, ausüben, und darum auch nur ihn deshalb vor Gericht zur Verantwortung ziehen, falls er nicht einen Criminalanspruch hatte: so wird auch noch sonst Manches in dem Ordel bedeutend, was bisher als zufälliges Beiwerk betrachtet, und darum von den Auslegern auffer Acht gelassen wurde.

Zunächst sind die Beispiele näher zu beleuchten, welche hier von dem Object namhaft gemacht werden. Der häufigste Gegenstand der Leihe mochte in dem frühen Zeitalter, dem das Ordel angehört (vgl. Sachsensp. III, 22, 1), grade ein Pferd sein, dessen man in Handelsangelegenheiten bei dem Mangel von Posten oder gar Eisenbahnen sich bediente, um einen Ritt über

---

ganz unverändert anzutreffenden Ordels zu haben. Schon der Umstand, daß eine Bezugnahme auf das Recht der Gewehr in beiden Sprüchwörtern weggelassen, und namentlich in dem Sprüchwort: Wo du deinen ꝛc. auf die bona fides des Römischen und Canonischen Rechts das Wesentliche des Brocardicons gesetzt wird, muß uns von Folgerungen für das Altdeutsche Recht aus der Fassung der Sprüchwörter abhalten.

Land zu machen, oder ein Kleid, das sich für eine Geschäftsreise besonders eignete. Es war natürlich, daß an solche, am häufigsten vorkommende Fälle der Rechtssatz angeknüpft wurde, der von den Vorfahren überliefert war, und den die Wittigsten im Gedächtniß festgehalten hatten.

Wenn das Ordel hinzufügt

ofte welker hande gud id sy,

so ist dieser Ausdruck, der auch I, 7. IV, 5. VI, 27, 1 a. E. VII, 9, 1. IX, 23 vorkommt[1]), gewiß an sich nichts weniger als geeignet, das Ordel auf sogenannte bewegliche Sachen zu beschränken, und es darf dabei erwähnt werden, daß selbst das neuste Statut II, 2, 7, welches überhaupt in dem alten Ordel nichts weiter geändert hat, als daß es bei dem dritten Inhaber des Gutes auch den guten Titel ausbedingt[2]), den Ausdruck „oder was es für Gut sei" unverändert beibehalten hat. Von unläugbarer Erheblichkeit erscheint dadurch für die richtige Beurtheilung des alten Ordels ein, wie es scheint[3]), bisher übersehener Umstand. Unseren Vorfahren ist nämlich nicht der rechtliche Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen, vollends nicht in der Abstraction des Römischen Rechts (vgl. Puchta Instit. 2, 494) zum Rechtsbewußtsein gekommen[4]), und noch

---

1) Ein anderer Ausdruck ist jeniger hande gud, VII, 9, 2. 1292 H, 23, und als Gegensatz negerhande oder nenigherhande gud, 1270 VI, 32 (s. unten § 92). Der Sachsenspiegel II, 60, 1 hat für unsere Worte oder jenigerhande varende have, und sagt damit in der That nicht mehr, als unser Ordel.

2) Dieses Moment ist dem Ordel, und überhaupt unserem alten Nationalrechte fremd, bei dem zur Geltendmachung des Rechts der Gewehr der Titel nicht in Betracht kam. Erst in dem Statut von 1497 wird G, 4 bei der Ersitzung die Bedingung aufgeführt myt gheborlyker ankumpst truwelyken, und man ersieht aus der Langenbeckischen Glosse (Lappenb. R. A. 1, 238), daß auch sie dies Kriterium aus dem Römischen Recht herleitet, wobei sie nicht ghudt gheloue vom guten Titel unterscheidet, wie es doch im neusten Statut I, 21, 1 geschehen ist. Vgl. § 66 Anm. 8.

3) Namentlich ist von Grimm R. A. S. 491, Albrecht die Gewehr, und Cropp Beitr. 2, 1, 8 der Umstand übersehen.

4) Das auch von Cropp Beitr. a. a. O. S. 9 mit seinen Parallelen mitgetheilte Ordel von 1270 IX, 23 (vgl. § 53) bestätigt dies theils

weniger die rechtliche Distinction der beweglichen Sachen in mobiles und se moventes l. 93 D. de V. S. (50, 16). Selbst der Ausdruck bewegliches und unbewegliches Gut findet sich nicht früher, als 1497, und selbst da nur zweimal G, 4 und H, 7. Nun werden freilich erue ofte gud 1270 I, 7. 8. 12. 1292 C, 23, erue edder ander pand 1270 I, 14 zusammengestellt. Allein namentlich I, 12 sind es keine Gegensätze, und wenn 1, 20 gesagt wird, daß man van ereme gude, von dem Gute der Frau, erue kauft, so ist damit nur bewiesen, daß in diesem Ordel erue ein Grundstück bezeichnet, nicht aber daß es allemal diese Bedeutung, geschweige daß es sie ausschließlich gehabt hat. Wenigstens kommt auch gudt für Grundstück vor (vgl. § 84 a. E.). Wenn hingegen in jener Zusammenstellung erue, wie namentlich I, 13 erue vnde schepe (wo das Merkmal „ererbt" bei beiden Gegenständen gemeinschaftlich sein kann), und auch sonst (vgl. § 68) ein Grundstück nothwendig bezeichnet, so würde freilich der Ausdruck gud oder ander pand Alles begreifen müssen, was nicht Grundstück ist. Nichtsdestoweniger darf nicht angenommen werden, daß hier ein scharfer Gegensatz grade zwischen dem Beweglichen und Unbeweglichen gedacht worden sei. Im Gegentheil ergeben die Ausdrücke varende gud ofte kisten-

---

dadurch, daß es mehrere bewegliche Sachen nach einander namhaft macht, und die drei Verzeichnisse mit edder desgelyke, ofte ander gud, ofte welker hande gud id sy schließt, theils offenbar bei seiner Specification auf das Kriterium der Beweglichkeit, auf das van der stouene dregen, van der molen voren, gar kein Gewicht legt. — Ein anderes Argument kann darin gefunden werden, daß während das Ordel von 1270 1, 6 nur bei dem Verkauf eines Erbes eine Auflassung vor dem Rath vorschreibt, unser ältestes Resignationenbuch p. 24, 19 und 99, 12 das Ingedome eines Hauses zum Gegenstande einer Resignation macht. Ueberhaupt scheint der Zweck der Vorschrift 1, 6 (hier von ihrer ursprünglichen Veranlassung abgesehen) nur auf die Erlangung eines unumstößlichen Zeugnisses gegangen zu sein, wie dies auch das Resignationsbuch selbst an allen denjenigen Stellen beweist, wo nicht vom Kauf der Erben, sondern von ganz anderen Geschäften und Gegenständen die Rede ist (vgl. Herrn Dr. Reimarus S. 438), und somit giebt selbst die Vorschrift 1, 6 einen Beweis ab, daß der Unterscheidung des Erue von andern Gegenständen keine rechtliche Bedeutung beigelegt werden kann.

pand[5]) 1270 I, 13, varende haue ofte ingedome IV, 2[6]), noch kistenpand noch vlûtware gud[7]) IX, 19, daß das varende gud, vlûtware gud, welche Ausdrücke man sonst mit beweglichen

---

5) Pand bezeichnet schon an sich Gut, das in Kisten gehegt wird, also nicht Gegenstand des Verkehrs ist, wie noch heutiges Tages der Landmann das Linnengeräth in einer Truhe aufbewahrt.

6) Vgl. mit diesen Ausdrücken cleder vnde ingedom, IV, 4, Kleder ofte erue ofte husgedinge, III, 10. Was ingedome gewesen, läßt sich so wenig nach den einzelnen Stellen, wo das Wort im alten Ordelbuche und in dem ältesten Rathsdenkelbuche (liber memorandorum fol. 6 a) vorkommt, als nach den beiden Resignationen im ältesten Resignationenbuche p. 24, 19. 99, 12 gewiß ermitteln. Vermuthlich wird auch dieser Ausdruck keine scharfe rechtliche Gränzen gehabt haben. Richey im Idioticon Hamburgense versteht darunter den Hausrath, sammt was in Kisten und Kasten ist. Auch Herr Dr. Reimarus (vgl. unsre Zeitschr. 1, 3, 450) hält das Ingedom des Hauses für dessen Inventar. Da es mit Kistenpand abwechselt, und in specieller Beziehung auf ein Haus vorkommt, so ist diese Auffassung wahrscheinlicher, als wenn Gries Comm. 2, 123 Anm.* es auf Dasjenige beschränkt, was im Hausstande unter der Aufsicht der Hausfrau zu stehen pflege, und mit der Gerade des Sachsenspiegels 1, 24, 3 übereinstimmend hält. Damit ließen sich die merkwürdigen Stellen im Stader Statut 2, 18, 4 (Puf. I. app. p. 185) und im Bremer Statut von 1428 II, 22 (p. Oelr. 353) so wie im Anhange zu unserem Statut von 1270 Num. 1 (bei Lappenberg R. A. S. 71) nicht wohl vereinigen. Jedenfalls wird es der fahrenden Habe entgegengesetzt, und das ist für meinen gegenwärtigen Zweck besonders wichtig.

7) Auch dieses Wort kommt im Sachsenpiegel gar nicht vor, und fehlt auch in Grimm R. A. Die dort S. 564 vorkommende Wendung pand dat men flotten vnde foren mach (vgl. Brem. Stat. von 1428 I, 30 und 2, 54 bei Oelrichs p. 336) scheint die Erläuterung unseres Ausdrucks zu enthalten. Fließbar, zusammengestellt mit fahrbar, scheint dabei meiner Auffassung das Wort zu reden, daß man unter den Ausdrücken varende haue und vlûtware gud Gegenstände des Verkehrs verstanden hat. Wenn im Sachsenspiegel der erstere Ausdruck an mehreren Stellen dieser Auffassung nicht entspricht, wo z. B. I, 31, 1. I, 13, 1 die Gerade zur v. h. gerechnet wird: so kann es nicht auffallen, daß nur da, wo städtischer Handelsverkehr ist, ein präciserer Sprachgebrauch dieser Art sich ausprägt, und beweist überdies keine Stelle des Spiegels den scharf begränzten Gebrauch des Ausdrucks, wenn gleich das Römische Recht dem Anhaltschen Ritter dazu Anlaß darbot.

Sachen synonym genommen hat [8]), nicht diesen Gegensatz bezeichnen kann, dabei auch auf die Unbeweglichkeit nicht besondere Rücksicht genommen ist, weil sonst varende haue nicht von kistenpand und ingedome unterschieden werden würde, sondern daß eher Gegenstände der Veräusserung und des Verkehrs damit begriffen worden sein müssen, welchem kistenpand und ingedome in der Regel entzogen waren, so daß der Ausdruck etwa Demjenigen entspricht, was man jetzt Waare nennt. Im Ordel von 1270 VI, 27, 1 [9]), das so anfängt:

> So wanne een man koft enen kop vnde godespennyng darup gift, de kop schal to rechte stede wesen, is it varende haue,

tritt es recht offen hervor, daß der Ausdruck nicht zum unbeweglichen Gut den Gegensatz bilden kann, sondern sich auf Handel und Verkehr bezieht, da doch auch der begottespfennigte Kauf eines Grundstücks bei uns rechtliche Folgen gehabt, und namentlich den Käufer gewiß berechtigt hat, nach I, 6 die Auflassung des Grundstücks und die Bestellung von Bürgen zu verlangen [10]) [11]).

---

8) Albrecht betrachtet dies als ausgemacht. So auch Cropp a. a. O. S. 8 u. A.

9) Der Verfolg dieses Ordels wird uns noch § 59. 60 speciell beschäftigen.

10) Der Ausdruck gud wird in unseren alten Ordelen sehr häufig (vgl. in fast allen des dritten Stücks von 1270, ferner IV, 6. S. X, 8) so gebraucht, wie wir jetzt im gemeinen Leben sagen Vermögen. Allein es muß auch hier davor gewarnt werden, nicht den Ausdruck in dem Römischen Rechtsinne zu nehmen, und Vermögen (bona) als eine Abstraction, eine universitas l. 208 D. di V. S. (50, 16), die Totalität der verschiedenen Rechte einer bestimmten Person (Savigny System 1, 375 Puchta Instit. 2, 275) aufzufassen, wobei der, dem Germanischen Rechte ebenfalls fremde Begriff des Eigenthums (vgl. Savigny S. 367) vorausgesetzt wird, und der Ausdruck auch die Schulden begreift l. 3 pr. D. de bon. poss. (37, 1). Daß die Schulden nicht zu dem Vermögen einer Person im Altdeutschen Rechte gehören, beweist sich u. A. aus dem Ordel von 1270 VI, 7, wo die Rede von der Vergabung eines Mannes ist, der sin Ding berichten wil. Ehe er über sein Vermögen verfügen darf, soll er erst seine Schulden bezahlen (§ 91). Ein Testaments-Universalerbe ist diesem Ordel unbekannt. Wir können daher in unserem ältesten Stadt-Erbebuche da, wo omnia bona resignirt werden, wie z. B. 16, 12 und oft, den Ausdruck auch

Nach diesen sprachlichen Erörterungen wird man das Object unseres Ordels dahin bestimmen können, daß es nicht blos die Gegenstände, welche man Andern zu leihen pflegte, sondern überhaupt diejenigen umfaßt, welche für den Handel und sonstigen Verkehr bestimmt zu sein pflegen.

Wenn wir nun das Recht der Gewehr bei dem solchergestalt näher fixirten Object betrachten, so ergiebt sich aus der bisherigen Darstellung (§ 49 ff.), daß in dem Ordel von einem Römischen Besitz, von einem solchen Innehaben, das Anspruch auf besonderen gerichtlichen Schutz gehabt, oder vollends von einer Absicht, zu besitzen, von dem Hinzutritt einer inneren, geistigen Beziehung zu der äusseren Thatsache des Innehabens eben so wenig die Rede sein kann, als von einer irgend modificirten eigentlichen Vindication; sondern die Modification des sachlichen Verhältnisses beschränkte sich auf das volksthümliche Recht der gewaltsamen Vertheidigung und des Angriffs. Gab man dieses Recht durch irgend eine äussere Handlung, in der der Wille sich manifestirte, als auf welchen Alles bezogen wurde, auf: so veränderte sich dadurch die Beziehung der Person zur Sache. Was der neue, freiwillige und anerkannte Inhaber der Gewehr auch immer mit der Sache unternehmen mochte, der frühere Inhaber hatte das Recht der Vertheidigung einmal aufgegeben,

---

nicht anders verstehen, als nach Abzug aller Schulden. Wenn dort einmal, nämlich 175, 29, der vierte Theil omnium bonorum mobilium et immobilium resignirt wird, so kann der bloße Gebrauch dieses Ausdrucks nicht beweisen, als ob damit ein streng rechtlicher Begriff verbunden worden wäre.

11) Cropp Abh. I, 174 meint freilich, das Ordel habe die Fälle, ob der Handel mit einem Gottespfennige geschehen oder nicht, nur bei Waaren unterschieden, und dem Gottespfennig dieselbe Wirkung beigelegt, als dem Nehmen der Waare an die Gewehr. Dies scheint mir aber eine ganz willkührliche Auslegung meines verewigten Freundes. Das Ordel sagt nur, de Kop schal to rechte stede wesen, wenn ein Gottespfennig gegeben sei, ohne hier weiter sich über die Rechte des Käufers an der Waare selbst auszulassen, geht dann auf marktpolizeiliche Vorschriften über, und kommt danach erst auf die Wirkungen des Gewehrverhältnisses, so daß Nichts in dieser Zusammenstellung dazu berechtigt, die letztere Bestimmung zu dem Anfang des Ordels als Gegensatz zu nehmen.

und konnte, wenn nicht ein hinzutretendes Verbrechen den Rechtsfrieden störte, und damit andere Rechtsauffassungen gestattete, nicht mit der Gewalt, und somit auch nicht mit dem Gericht darauf zurückkommen, als nur gegen Denjenigen, dem er das Recht der Gewehr übertragen hatte.

Um dies auſſer Zweifel zu setzen, und um namentlich die Ansicht auszuschließen, daß es nicht etwa darauf ankam, ob der neue Inhaber der Gewehr die Sache mit Vortheil aus seiner Gewehr ließ, oder ob er sie gar durch irgend einen Unfall verlor, werden vier Fälle speciell hervorgehoben, von denen die zwei ersteren die Möglichkeit gestatten, daß man entweder das Recht der Gewehr behielt oder freiwillig aufgab, die zwei letzteren aber ein gezwungenes Aufgeben der Gewehr voraussetzen. Es würde eine andere irrige Auffassung des Ordels 365, besonders aber IV, 8 (p. Oelr. 384) vgl. auch von 1433 ord. 70 (p. Oelr. 533) sein, wollte man die Beispiele exclusiv nehmen, und etwa, wie das geschehen ist, supponiren, andere, ebenfalls gewaltsame und verbrecherische Ergreifungen des Gewehrrechts wären hier nicht gemeint gewesen. Mag der neue Inhaber der Gewehr ein für ihn vortheilhaftes Geschäft hinsichtlich der Sache abschließen, oder sie ihm verloren gehen, ohne daß dies ihm irgend einen Nutzen schaffte; mag er sie verkaufen, und einen Kaufpreis beziehen oder nicht, mag er sie versetzen, und in seiner Gewehr behalten, oder aus derselben lassen; — es kommt das spätere Beispiel dazu, mag er die Sache verspielen, wobei er freilich auch keinen Vortheil hat, aber doch freiwillig sich seines Vertheidigungsrechts entäuſſert haben konnte: unter allen Umständen kam es auf die Existenz und den Umfang der ursprünglichen Freiwilligkeit an, mit der man das Recht der Gewehr aufgegeben hatte, um zu beurtheilen, ob auſſer der Ansprache, d. h. auſſer der Criminalverfolgung, noch die Sache selbst, und von wem sie mit dem Recht der Gewalt beansprucht werden konnte.

§ 56.

Fortsetzung.

Um aber das ursprüngliche Verhältniß des alten Ordels zu dem erst später hinzutretenden Begriffe von Eigenthum noch zu-

verläſſiger zu ermitteln, wird es angemeſſen ſein, auch das Beiwort *syn* zu perd ofte cleed etwas ſorgfältiger ins Auge zu faſſen. Es ſcheint mir viel Irriges in die Interpretation des Ordels auch dadurch hineingerathen zu ſein, daß man das *syn* mit den ähnlichen im Römiſchen Recht vorkommenden Ausdrücken verwechſelt hat. Davor wäre man gewiß behütet worden, wenn man die Wahrnehmung nicht vernachläſſigt hätte, daß auch das *syn* unſerer alten Ordele nie in unmittelbarer Beziehung auf gerichtlichen Schutz vorkommt, während bei den Römern das Eigenthum *nur* in dieſer Reſtriction gedacht wird. Davor hätte ferner auch der bereits erwähnte Umſtand warnen müſſen, daß man nirgends in unſeren alten Ordelen ſelbſt nur dem Ausdruck oder gar dem Begriff eines *Eigenthums* begegnet. Zwar hat man[1]) in dem Ordele von 1270 XII, 5, 2, welches wir noch weiterhin (§ 62) mit ſeinen Parallelſtellen näher prüfen werden, und wo von dem Beweiſe die Rede iſt, den Derjenige, welcher ein Gut als Duve oder Raub anſpricht, zu führen hat, eine Beſchwörung des *Eigenthums* finden wollen, indem es daſelbſt heißt:

> Vnde de andere ſchal tugen mit guden luden, dat dat *gud ſyn ſy*, vnde ſchal ſweren allene, dat it eme afgerouet ofte afgeſtolen ſy.

Allein ſchon die einfache Thatſache, daß dieſe Stelle buchſtäblich ſo nur in Stat. Stad. XI, 5 (Puf. I app. p. 225) Stat. Rig. 148 (Puf. III app. p. 269) und Cod. Lubec. Hach. III, 397 ſich findet, daß dagegen der Beweis

dat dat gud *ſyn ſy*

ſowohl im Sachſenſpiegel, der offenbar daſſelbe alte Ordel recipirt hat, II, 36, 4, als auch im Stat. Verd. 145 (Puf. I app. p. 123) Stat. Brem. d. 1303 ord. 74 (Oelr. p. 108) d. 1433 ord. 96 (Oelr. p. 546) und in erſichtlich neueren Handſchriften jenes Lübiſchen Rechts (vgl. Hach S. 542 Anm. 9) weggelaſſen iſt, hätte darauf hinführen müſſen, es ſei hier eine Singularität des Altdeutſchen oder, wenn man will, Alt-Sächſiſchen Rechts anzunehmen, welche nur fremdrechtlichem Einfluſſe gewichen ſei. Die Thatſache, daß das Gut ſein *ſei*, ſoll durch Zeugen, diejenige, daß es abgeraubt oder abgeſtohlen, durch den Eid erhärtet

1) Z. B. Cropp Beitr. 2, 2, 301.

werden[2])! Der Sachsenspiegel emendirt dies dahin, daß er von dem ersteren Beweissatze ganz abstrahirt, und in einem Zusatze, von dem Homeyer ermittelt hat, daß er nicht zu dem ursprünglichen Repkowischen Texte gehörte[3]), und mit dem jüngere Handschriften des Lübischen Rechts merkwürdig zusammentreffen[4]), mittelst Eideshelfern nur den Beweis der zweiten Thatsache fordert, wobei die Eideshelfer aber dies Factum selbst gewußt haben müssen. Wenn man den Einfluß des fremden Rechts annimmt, so hat diese Emendation einen gehörigen Sinn. Dann war der Beweis des Eigenthums entweder überflüssig, oder viel eher durch Eid zu erbringen, während über die Thatsache der Entwendung Zeugen aufzustellen waren. Grade aber umgekehrt verlangt das Ordel in seiner ursprünglichen und ältesten Gestalt, wie unser Alt-Hamburgisches Recht sie conservirt, und an der, wie wir sehen, unsere Vorfahren trotz der Einflüsse des Römischen Rechts fest gehalten haben, vgl. Statut von 1605 II, 8, 8 und IV, 35, daß Zeugen den Umstand beweisen sollen, dat dat gud syn sy. Wir müssen daraus nothwendig abnehmen, daß hier nicht von der Abstraction einer Totalität, wie das Römische dominium, sondern von irgend einem speciellen concreten positiven Factum, das noch mehr, wie das Ereigniß der Entwendung von Andern zu bezeugen ist, die Rede sei. Dies ist nun aber eben die Gewehr, die Thatsache, daß man das Vertheidigungsrecht ausgeübt hatte. Denn hierauf reducirte sich die Altgermanische Beziehung der Person zur Sache.

Eben darum aber genügte auch zur Alt-Hamburgischen Reclamation einer beweglichen Sache nicht der Beweis dat dat gud syn sy, sondern es mußte der Beweis dazu kommen, dat it eme affgerovet ofte stalen sy: ein Moment, das wie bemerkt, der rei vindicatio eben so fremd war als der actio Publiciana.

---

2) Diesen Eid hat schon das Freib. Stadt-Privil. von 1120 Art. 57. Nach den Leg. Wall. 3, 38. 39 wird auch der Umstand in den Eid aufgenommen, daß die Sache dieblich, oder ohne sein Wissen ihm genommen, oder er sie aus Nachlässigkeit verloren.

3) Vgl. auch Lappenb. in seiner Vorrede zu den Hamb. R. A. S. LXIV. LXV, der hier einiger Berichtigungen bedarf. Unsere Statute von 1292 P, 5, 1497 O, 14 stimmen in den Momenten, die wir im Texte als die wesentlichen bezeichnen, mit unserem Statut von 1270 überein.

4) Vgl. Hach Lübisches Recht S. 542 Anm. 9.

Nun hat freilich Eichhorn Deutsches Privatr. Ausg. 3 (1829) § 171 Anm. i. die Ansicht ausgesprochen, nur in dem speciellen Falle, wenn der Kläger die Behauptung aufgestellt habe, das Gut sei ihm geraubt oder gestohlen, habe er diesen Umstand als Klaggrund beschwören müssen. Sonst sei sein Eid dahin gegangen, die Sache gehöre ihm nach den anderweitigen, in der Klage speciell angegebenen Umständen. Allein man muß schon darum gegen diese Ansicht im Voraus eingenommen werden [5]), weil darin die beiden Thatsachen, dat dat gud syn sy, und wie dasselbe aus seinen Wehren gekommen, auf eine Weise mit einander in Verbindung gebracht werden, wie sie der alten gewiß ächten Auffassung unangemessen ist. Ausserdem beweisen die von ihm desfalls allegirten Stellen des Sachsenspiegels I, 15 und III, 6 nichts für den Fall, da man sein Gut von Dritten reclamirt, mit denen man in keinen Contractverhältnissen steht. Vielmehr bestätigt III, 6, 3 [6]), daß nur, wenn dem Knecht ohne

---

5) Vgl. auch meine früheren Vortr. I, 210.

6) Unser Ordel von 1270 IX, 18 mit seinen Parallelen (1292 M, 15. 1497 F, 5. 1603 II, 9, 7, Stad. VI, 15 (Puf. I. app. p. 204), Verd. 73 (Puf. I. app. p. 102), Rig. 120 (Puf. III. app. p. 262), Lub. Hach. III, 369. Stat. Brem. 81 d. 1433 (Oelr. p. 485) (vgl. die sonstigen Allegate bei Pöhls S. 29 Anm. 38) entspricht dieser Stelle des Landrechts, wo es denn freilich auffällt, daß der § 3 des Sachsenspiegels unserem Ordel fehlt. Dieser § 3 lautet so: Wert aver ime sin perd oder ander gut dublike oder roflike genomen in des heren dienste ane des knechtes scult, dat mut ime der herre gelten; darvore mut man ok deme herren antwerden, of he darup klaget. Man hat bei uns dies als sich von selbst verstehend betrachtet. Nur wenn es zweifelhaft war, ob eine Dieblichkeit angenommen werden konnte, da schien es erforderlich, daß man darüber sich legislativ erklärte. Das alte Herkommen erachtete aber den Fall für dieblich, wenn der Knecht ohne des Herrn Jawort dessen Gut verficht (?) (es ist sonderbar, daß Niemand diesen Ausdruck erläutert), oder verdobbelt, oder, wie der Sachsenspiegel amplificirt, verdobbelt, versetzt, verkauft, oder, wie unser neustes Statut von 1605 II, 9, 7 hat, verspielt, versetzt, verkauft, verwirkt. Vgl. Cropp Beitr. 2, 1, 60 ff. 2, 2, 242 ff. (der ich aber nicht durchaus beipflichten kann). Bemerkenswerth ist es noch, daß unser Ordel sich gar nicht darauf einläßt, welche Rechte dem Herrn, Dritten gegenüber, zustehen, vermuthlich weil darüber IX, 21 das Erforderliche, und zwar dahin bestimmt wird,

seine Schuld in des Herrn Diensten dessen Pferd oder ander Gut dieblich oder raublich genommen worden, der Herr das Gut aus dritten Händen fordern darf, wo denn wiederum sein Eid offenbar auf diese Thatsache gerichtet werden mußte. Er hatte nicht freiwillig an der Sache sein Recht der Gewehr aufgegeben, deshalb konnte er sich zu der Sache ziehen; er mußte aber beschwören, daß es ohne seinen Willen, daß es gewaltsam geschehen, daß die Sache dieblich oder raublich geworden. Es kann in der Bestimmung überhaupt nichts gefunden werden, was man als von dem sonstigen Altdeutschen Verfahren abweichend betrachten könnte. Vielmehr läßt sie sich ganz einfach von dem Recht der Selbsthülfe herleiten, das man Demjenigen nicht versagen konnte, welcher eine Sache als die seinige, d. h. die Gewehr an derselben ansprach, und dabei beeidigt, daß nur ein Verbrechen ihn darum gebracht, daß er es aber nicht freiwillig aufgegeben habe. Einem solchem Kläger den gerichtlichen Beistand zu leisten, war um so unerläßlicher, da er bei dieser Concurrenz zweier alter Nationalrechte das alte Vorurtheil geltend zu machen, und ohne gerichtliche Procedur sich seiner Sache wieder zu bemächtigen Anlaß gefunden haben würde.

Wie complicirt wäre aber der Germanische Vindicationsproceß gewesen, wie wenig hätte er dem ungestümen Nationalgefühl genügen können, wenn man ihn auffaßt, wie Eichhorn § 170 ff.! Wie stünde er da ohne alle Analogie gegen das sonstige altdeutsche Rechtsverfahren! Meine Ansicht hat auch den Vortheil für sich, daß dadurch die ganze Materie einen innern pragmatischen Zusammenhang gewinnt, und nicht als eine isolirte

---

daß Alles darauf ankam, ob er die Sache aus den Wehren ließ, und wie weit sein Wille ging. Wenn der Sachsenspiegel sagt: de herre mach it wol weder vorderen mit rechte, deste he sik darto tie als recht is, so ist damit für Eichhorn nichts gewonnen, weil es eben sich fragt, was Recht ist, und somit danach die Bedingung zu beeidigen, daß die Sache dieblich oder raublich sei, nicht für die Klage ausgeschlossen ist. Selbst der Zusatz als recht is deutet darauf hin, daß zu der sogenannten Germanischen Vindication der Beweis nicht genügte, daß die Sache, zu der Jemand sich zog, sein sei, sondern daß noch ein weiterer Umstand dazukommen mußte.

Anomalie voll der abenteuerlichsten Absurditäten dasteht. Nur darin pflichte ich Eichhorn bei, daß die Einrede: Hand muß Hand wahren, und wo ich meinen Glauben verloren, da muß ich ihn wiedersuchen, nichts als eine Modification der Vindication enthält, d. h. wohl verstanden der Procedur, die man als Deutsche Vindication bezeichnen kann, Reclamation einer Sache, an der man das Recht der Gewehr gehabt und nicht freiwillig aufgegeben hat. Diese Reclamation, der Anfang, die Selbsthülfe, durch welche man sich wieder der Sache bemächtigte, wurde nämlich dahin modificirt, daß sie wegfiel, wenn man die Sache freiwillig und gänzlich aus seinen Wehren gelassen hatte, weshalb es erforderlich gehalten ward, daß der Kläger positiv beschwor, die Sache sei ihm gestohlen oder geraubt.

§ 57.

Fortsetzung. Exegese anderer Ordele.

Um das (im § 56) hinsichtlich des syn gud Ermittelte ausser Zweifel zu setzen, dazu kann ein anderes altes Ordel gradehin als Beweis benutzt werden, das wir ebenfalls noch später (§ 62) in seinem ganzen höchst merkwürdigen Umfange werden untersuchen müssen [1]).

Dies ist 1270 VII, 9, welches Ordel mit allen seinen Parallelen 1292 H, 7. 1497 E, 11. Stad. VII, 7 (Puf. I. app. p. 210) Rig. 93 (Puf. III. app. p. 252) Lub. Cod. Hach. III, 334 in dem hier allein in Betracht kommenden § 1 übereinstimmend so lautet:

> So welker hande gud en man bringet an desse vryen stad ouer de solten zee, spreke dat jenich man an vor duue edder vor roff: dat is he nager to beholdende in synen hebbendeu weren mit twen bederuen mannen, de dar weren, dar he dat gud kofte, ofte mit syneme werde, ofte mit syneme kumpane [2]), ofte mit der stad breue, dar dat

---

1) Es ist dieses Ordel hier um so bedeutender, da, wie auch Lapp. Vorr. zu den Hamb. R. A. S. LXXI anerkennt und nachweist, dasselbe sehr alt und unserem Statut eigenthümlich ist.

2) Wenn hier zwei Handschriften des Hamb. Statuts und das Rigaer Statut die Lesart unserer späteren Statute von 1292 und 1497 copmanne haben, so ist diese offenbar aus einer späteren Periode. Das anerkannt sehr alte Ordel stammt aus einer Zeit, wo der

gud gekoft was; mit eneme stucke van dessen is he nager syn gud to beholdende, denne it eme jenich man aff to wynnende sy.

Was hier als das Gut beschrieben wird, das er in synen hebbenden weren hat, heißt gradezu syn gud. Er übt factisch die Gewehre aus, darum wird es sein Gut genannt; sonst braucht er nur den Kauf darzuthun. Man frage sich, ob hier eine Spur von dem Römischen Begriff eines Eigenthums zu finden ist. Nichts desto weniger wird das Gut als das seinige bezeichnet. Man sieht also klar, daß unseren Vorfahren kein anderes Verhältniß zur Sache ins Rechtsbewußtsein trat, als das des Vertheidigungsrechtes. Nur in so fern dieses die Verfügung über die Substanz alsdann nach sich zog, wenn es zu dem Zwecke von dem vorigen Inhaber freiwillig aufgegeben, freiwillig das Gut aus seinen Wehren gelassen war, kann man z. B. mit Pöhls[3]) sagen, Recht der Gewehr und Eigenthum coincidiren, oder selbst es sind identische Begriffe. Allein man wird ja nicht unterlassen dürfen, in allen Stellen, wo von syn gud die Rede ist, nur das Vertheidigungsrecht und nichts mehr anzunehmen, wenn man nicht Gefahr laufen will, Römische und Germanische Rechtsbegriffe zu amalgamiren.

§ 58.

Fortsetzung.

Hält man diese Ansicht fest, nach welcher der Gegenstand, an dem man das Recht der Gewehr ausüben durfte, als syn gud betrachtet wurde: so verbreitet sich von hier aus über die

---

Reisegefährte eben so gut als der Wirth wirklich zum Zeugen aufzurufen war, während der Kaufmann, worunter man übrigens nur gezwungen den Verkäufer verstehen kann, gewiß zu allen Zeiten in dem hier verstandenen Fall unmöglich als Zeuge herbeigeschafft werden konnte, so daß dieser Zusatz dadurch ein ganz müssiger und praktisch unbrauchbarer geworden ist. Uebrigens wird das Kumpane entweder nicht in dem Sinne genommen werden können, wie in dem Ordel VII, 16, wonach magh ock neen man tughen uppe den anderen vme nener hande sacke van schulden, mit deme de syn kumpane darane sy, ofte den, den de sake mede angeit, oder unser Ordel enthält eine Ausnahme von dieser Regel.

3) Rechtsfälle 3, 3, 29.

Varianten des oben § 13 und 14 erörterten Ordels von 1270 I, 9 ein neues Licht. Wenn nämlich bei dem Selbstpfändungsrecht des Hausherrn in Hinsicht auf wat he in den weren vind, in mehreren guten Handschriften der Zusatz dat deme manne tohoret, oder, wie Andere lesen, dat des mannes sy, fehlt: so erklärt sich dies am natürlichsten daraus, daß es für die Zeitgenossen einer solchen erläuternden Bemerkung gar nicht bedurfte, und man würde gewiß das Emblem misverstehen, wenn man darin eine Restriction des wat he in den weren vind annehmen wollte. Man fasse nur den Fall gehörig ins Auge. Was bei einer heimlichen Entweichung in den Wehren des Miethsmannes zurückblieb, darauf haftete im Zweifel das Recht der Gewehr, und etwas Anderes wollen die fraglichen Zusätze auch nicht bezeichnen, weder in der einen noch in der anderen Fassung. Es war also ein Pleonasmus, zu sagen, was der Hausherr in den Wehren des Miethsmannes fand, und woran dieser das Recht der Gewehr hatte.

Mir scheint auch durch die von mir aufgestellte Ansicht die Soester Skrae (Art. 35) die gehörige Exegese zu gewinnen, da ich jedenfalls Cropp's Auslegung Beitr. 2, 1, 35 nicht billigen kann. Man darf nicht übersehen, daß es dort heißt ghut binnen sinen weren, was ich nicht mit Cropp übersetze, Gut in dem Schutzbezirke des Eigenthümers, sondern Gut, woran Jemand das Recht der Gewehr, das er in seiner Gewehr hat. Es ist gleichbedeutend mit *syn* ghut. Hat er es verloren — dies ist der Sinn der Stelle —: so kann er es suchen, soweit ihm das Recht der Gewehr dies gestattet (vgl. unser Ordel von 1270 IX, 21). Findet er es, so darf er es ohne Jemandes Widerspruch zu sich nehmen. Widerspricht aber Jemand, so muß er es als Duve oder Raub ansprechen können, sonst steht ihm das Recht der Gewehr im Wege, wenn es der Andere geltend macht. Der Zusatz, wonach ebenso des Gastes Recht in des Wirthes Hause sei, bestätigt die Richtigkeit meiner Auslegung. Was der Gast in dem Hause des Wirthes hat, kann man doch nicht als Gut in den Wehren des Gastes bezeichnen, wohl aber als Gut, woran er die Gewehr auszuüben befugt ist, als syn gud. Cropp nimmt bei seiner Interpretation seine Zuflucht zu

der unrichtigen, und gewiß in einem so alten Gesetz, als der Soester Skrae nicht anzunehmenden Voraussetzung, daß, um sein Gut in fremder Wehre an sich zu nehmen, die Einwilligung des Besitzers dieser Wehre oder die Hülfe des Richters nöthig gewesen wäre. Man darf hier vielmehr gewiß das alte Selbstpfändungsrecht voraussetzen, wobei von Consens oder Gericht nicht zu reden ist (vgl. oben § 4). Auch wer sein Gut verloren hatte, fand in den besonderen Bestimmungen über Duve und Verläugnen des Gefundenen (vgl. Cropp S. 45 ff.) einen hinreichenden Schutz, und erhalten von diesem Standpunkt aus diese Bestimmungen ihren eigentlichen Rechtsgrund.

Es läßt sich übrigens noch an einem Beispiele unter vielen die rechtliche Wichtigkeit des Umstandes nachweisen, daß unsere Vorfahren das Recht an einer Sache lediglich auf die Gewehr, d. h. auf den Willen und nicht auf das Verhältniß bezogen. Savigny bezeichnet es in seinem System des R. R. 3, 441 als einen unächten Irrthum, d. h. als einen Fall, wo man von einem Irrthum gar nicht reden sollte, wenn ein Eigenthümer fälschlich glaube, seine Sache gehöre einem Andern, und bemerkt, wenn man selbst diese Meinung ausspreche, so schade dies seinem Eigenthum nicht l. 18 C. de rei vind. (3, 32). Dies ist anders nach Deutschem Recht. Sprach man seinen Willen aus, daß die Sache aus seinen Wehren in die Wehren des Andern übergehen solle, in irgend einer näher bestimmten oder aus den äusseren Umständen hervorgehenden Art und Ausdehnung: so war diese Thatsache vollständig geeignet, für den Andern das Recht der Gewehr zu constituiren, und jener erste Gewehrsberechtigte konnte dies Recht, so weit er sich dessen entäussert hatte, nicht wieder geltend machen.

§ 59.

Fortsetzung.

Unsere Vorfahren gingen davon aus, daß, wer eine Sache als die seinige vertheidigte, wer an derselben das wichtige Nationalrecht der Gewehr geltend machte, dies nicht bewußtlos oder gezwungen gethan haben kann. Die Möglichkeit einer Annahme von Zwang, Unzurechnungsfähigkeit, selbst von Mangel an Ueberlegung war ausgeschlossen.

Wer vielmehr das Recht der Gewehr an einer Sache geltend machte, ward regelmäßig als ein solcher, der freiwillig handelte, betrachtet (vgl. §. 28. 29 und mehrmals sonst). Darum mußte er alsdann auch Demjenigen, der zu seinen Gunsten freiwillig die Sache aus den Wehren entlassen hatte, ohne Weiteres haften. Von diesem Gesichtspunkte aus lassen sich mehrere andere alte Ordele zuverlässiger erklären, welche ihre Rechtsgültigkeit trotz allen Römischen Einflusses bis in die neuste Zeit behauptet haben. Hierher nehme ich folgende Stelle aus dem Ordel von 1270 VI, 27, welche auch, mit 1292 G, 22. 1497 L, 5. M, 13 Stad. V, 26 (Puf. I app. p. 197) Rig. 84 (Puf. III app. p. 249) Lub. Cod. Hach. III, 322 im Wesentlichen übereinstimmend [1]), so lautet:

> So welker hande gud een man koft vnde besuet vnde an sine were bringet, dat schal he gelden. Were ouer korne ofte holt an eneme schepe, vnde dat bouene beter were dan neddene, vnde nicht gesecht worde: vnde so wat een des gudes an syne were bringet, dat schal he gelden, vnde dat andere nicht; vnde de dat gud valslike an deme schepe heuet, de schall it beteren mit dreen punden [2]).

Einige neuere Handschriften des Lübischen Rechts haben bei dem ersten dieser beiden Fälle den Zusatz:

---

1) Ueber den Anfang dieses Ordels vgl. oben § 55. — Ich kann mich nicht entbrechen, hier einige kritische Bemerkungen, zu denen die Varianten veranlassen, einzustreuen, ohne daß sie unmittelbar zu dem im Text behandelten Thema gehören. Zuerst hat hier das Stader Statut so offenbar eine Lücke zwischen dat schal he gelden und dat andre nicht, daß es auffällt, wie dies Pufendorf (vgl. Tom. III. app. p. 250 Not.*)), ich möchte fast sagen, aus Liebe zu seiner Hypothese von der Originalität des Stader Statuts (s. meine gedruckten Vorträge 1, 2, 475 ff.), das hier ganz ersichtlich das Hamburger ausgeschrieben hat, entgehen konnte. Sodann hat hier der Segeberger Codex des Lübischen Rechts eine Variante, die ebenfalls unwiderleglich den neueren Ursprung dieser Handschrift (vgl. Hach S. 119 ff.) darthut: für das zweite an syne were bringet hat der Codex an syn hus kricht. Man sieht hier die Verwechselung zwischen dem alten Wehrrecht und dem modernen, auch in unserer Neuen Falliten-Ordnung Art. 25 Num. 4 sich findenden Bringen in die Gewahrsam, Speicher ꝛc.

2) Auch Lapp. Vorr. zu den Hamb. R. A. I, S. LXX bezeichnet dieses Ordel als unserem Statut eigenthümlich.

Queme dat ock in sine were, vnde he dat thovorn nicht beseen hadde, so steit idt aver in sinem behage, wor he dat beholden wil edder nicht.

Es ist dies meines Erachtens neueres Recht. Wer eine fremde Sache, welche ein Anderer freiwillig aus seinem Gewehrrecht ließ, freiwillig in das seinige bringt, wer dies Recht der Gewehr für dieselbe übernimmt, der muß dem Andern für den Werth derselben aufkommen. Wir begegnen hier also ganz dem alten, auch sonst, namentlich 1270 XII, 12, 2 (vgl. oben § 33) anerkannten Princip [3]) Es ist erst eine spätere Auffassung der

3) Das alte Ordel läßt noch ein anderes Argument zu. Was Jemand kauft und an seine Wehre bringt, das muß er bezahlen. Ehe er aber das Gewehrrecht nicht übernimmt, ist er nicht verpflichtet, den Kaufpreis zu bezahlen, und der bloße Kauf hat diese Verpflichtung nicht zur Folge. Somit ist bei uns ursprünglich das Princip des Römischen Rechts, welches auch in unserer heutigen hiesigen, vom Ober-Appellations-Gerichte in Lübeck in seinen Motiven zum Urtheil vom 31. October 1844 in Sachen Schaper c. Kappelhoff anerkannten Praxis gilt, und wonach schon nach abgeschlossenem Verkaufe beweglicher Sachen sofort die Gefahr derselben auf den Käufer übergeht, und dieser den Kaufpreis zahlen muß, wenn auch die Sache durch einen Zufall untergeht, — dies Princip ist bei uns ursprünglich nicht anerkannt worden, so wie es denn nach Kritz Ausführung in s. Rechtsfällen 4, 65—67 mir sehr wahrscheinlich wird, daß jenes Princip, welches Wächter im Arch. f. d. civ. Praxis Bd. 15 als rationell consequent bezeichnete, nichts als eine singuläre Anomalie des Römischen Rechts, und nur aus veralteten Formen des ius civile erklärlich ist. Vgl. auch das Oldenburger Archiv 2, 238 ff. Wenn es daher in dem Rechtsbuche des Bürgermeisters von Krempe, Joachim Kolle, Art. 107 (vgl. Hach. Lub. IV, 99) heißt:

So wor einer etwes vorköfft, vnde dem gude schaden tho queme, den schaden schal wheren dejenne de dat gudt vorkofft hefft,

so ist dies eine gewiß ächt Germanische, uralte Bestimmung, welche Kolle mit Recht in seine Sammlung als ächt Lübisches Recht aufgenommen hat, und in deren specieller Hinsicht der allgemeine, der Sammlung von Hach S. 156 ff. gemachte Tadel zu weit geht. Aber die Bestimmung muß dahin verstanden werden, daß der Schade seit dem Kaufe und vor Erlangung des Rechts der Gewehr abseiten des Käufers geschehen ist. Vgl. die von Cropp Abh. 1, 178 Anm. 25 allegirte Stelle des Norwegischen Rechts aus dem dreizehnten Jahrhundert.

neueren Praxis, wenn auf den Umstand Gewicht gelegt wird, ob der Uebernehmer der Gewehr das Gut vorher besehen hat oder nicht. Wie wenig es auf diesen Umstand ursprünglich ankam, bestätigt sich auch daraus, daß das alte Ordel „gekauft und besehen", unser Statut von 1605 II, 8, 17 „besehen und gekauft" hat, was als eine ganz willkührliche Umstellung erscheint, da man doch nicht wohl wird annehmen können, daß, wenn früher als Bedingung die Untersuchung des Kaufgegenstandes nach dem Abschlusse des Handels angesehen wäre, nachmals dieser Abschluß erst nach der Untersuchung denselben Effect sollte hervorgebracht haben. Mevius trifft hier das alte Recht glücklich, wenn er nach dem Bringen an die Wehre jede Einrede ausschließt. Aber wir ersehen aus Hinsch (Neueste Ausgabe unseres jüngsten Stadtrechts S. 330), daß sich die erwähnte Ansicht der neueren Lübischen Handschriften in die Praxis schon damals Eingang verschafft hat, woran wiederum deutlich der Einfluß des Römischen Rechts zu erkennen ist, und was sich denn bis auf unsere neuste Zeit behauptet hat, für welche der ursprüngliche Sinn des Wehrrechts gänzlich untergegangen ist, so daß die Bestimmung, daß man bezahlen muß, was man an seine Gewehr nimmt, als eine ganz willkührliche und alterthümliche Singularität behandelt wird, weshalb man denn auch den Ausdruck an sine were bringhen auf allerlei Weise (z. B. Stat. II, 8, 13 in seinen Packraum und Verwahrung, II, 8, 17 an seine Behausung und Gewehr, Neue Falliten-Ordnung Art. 25 sub 4) in seine Gewahrsam, auf seinen Boden, in seinen Packraum und Haus) zu modificiren gesucht hat (§ 61).

Wie dieses Princip der modernen Praxis keineswegs als das ursprüngliche kann angesehen werden, ergiebt sich aus dem zweiten Fall des Ordels. Selbst dann nämlich, wenn man verhindert war, den Kaufgegenstand genau zu untersuchen, wie dies der Fall mit einer Schiffsladung Korn oder Holz ist, wo man nicht das nach unten zu Gestaute sehen kann, und also das zu Oben Liegende an seine Wehre bringt, in der Voraussetzung, daß das Uebrige diesem entsprechen werde, soll man, bei freiwilliger Uebernahme des Gewehrrechts daran, bezahlen, wiewohl man von dem Empfange des übrigen dispensirt, und somit dem Be-

ginnen des Empfangs keine rechtliche Verbindlichkeit, denselben fortzusetzen, beigelegt wird. Es ist diese Vorschrift um so beweisender dafür, daß hier die Zahlungspflicht nicht als eine Rechtswirkung der Untersuchung, sondern lediglich des Uebernehmens der Gewehr betrachtet wird, indem den Verkäufer für die Fälschung Strafe trifft. Da beiläufig bemerkt diese Strafandrohung gar nicht unterscheidet, ob der Verkäufer darum wußte oder nicht; da er vielmehr ganz ohne Weiteres dafür angesehen wird, daß er absichtlich getäuscht habe, so kann diese Vorschrift zugleich für einen neuen Beleg zu meiner Lehre der Altdeutschen Imputation angesehen werden, zufolge welcher man nach äusseren Umständen, eine That ohne weitere Untersuchung ihres Causalverbandes mit den inneren Zuständen des Thäters demselben zur Schuld zurechnete (vgl. meine Vorträge 1, 2, 459).

Es kann uns nicht befremden, daß der zweite Fall unseres Ordels im Verlauf der Zeit ganz und gar seine Bedeutung verloren hat, und so erblicken wir denn im Statut von 1605 II, 8, 17 beide Fälle sogar in eine Vorschrift zusammengepreßt [4]).

§ 60.

Fortsetzung.

Wie sehr dieses neueste Statut das alte Ordel über den Haufen geworfen hat, beweist sich aus den weiteren Bestimmungen des Ordels, welche sowohl im Stader, Rigaer und Lübecker Statut (vgl. § 59), als auch in unserem von 1292, nicht aber 1497 vorkommen, folgendermaaßen lautend:

---

4) Dazu ist von der Praxis, welche sich der altnationalen Rechtsauffassung immer mehr entfremdete, und vom Römischen Recht, obendrein oft misverstandene, Elemente in sich aufnahm, der Weg gebahnt worden. Man erkennt dies ganz entschieden in der Langenbeckischen Glosse, welche zu 1497 M, 13 ausser einer absurden Bezugnahme auf Römisches Recht die seltsame und confuse Bemerkung macht: Wer Etwas in seine Wehre brachte, ohne es sich vorweisen zu lassen, müsse sich zufrieden geben, weil er kaufte und empfing, doch sei, was in Fässern oder Säcken verkauft worden, nicht eher als empfangen zu betrachten, als nachdem es ausgemessen oder geliefert sei!

Koft een man quyk, vnde beſut it, he ſchal it gelden. Eyn man mot wol ſwyn beſeen, dar he ſe koft, oft ſe geue ſyn. Koft ok eyn man eyn perd, dar en darf he nicht ane waren, den men dar ane ſut, ſunder houet ſeek; ere vorwort ne ſyn anders.

Sonderbarer Weiſe fehlt dieſer Theil des alten Ordels 1497 ganz, und iſt 1605 in der allgemeinen Vorſchrift II, 8, 17 verwiſcht, welche Korn, Holz, Ochſen, Schweine, Schaafe und Pferde zuſammenwirft.

Der Gegenſatz zwiſchen dieſen Beſtimmungen und den vorhergehenden (§ 59) beruht lediglich darauf, daß bei allen ſonſtigen Gegenſtänden eines Handels das Bringen an die Wehre den Willen ausdrückte, ſie zu bezahlen, ſo daß dann dem Käufer weitere Einreden nach Alt-Hamburgiſchem Rechte nicht verſtattet waren, daß aber bei dem Handel mit zahmem Vieh (Ochſe, Pferd, Schwein, vgl. meine Vorträge über Zurechnung § 44 [I, 2, 384]) dies Haften für den Kaufpreis ſchon früher eintrat. Dieſe beſonderen Beſtimmungen für den Viehhandel dürfen uns nicht Wunder nehmen zu einer Zeit, wo die Stadt von kaum 7000 Einwohnern noch bedeutende Viehzucht trieb (vgl. Vorträge 1, 1, 164), und wir begegnen ebenfalls ſonſt in unſeren alten Ordelen einer beſonderen Berückſichtigung der aus dem Halten von Vieh entſtehenden Rechtsverhältniſſe[1]). Bekanntlich hat in den dogmatiſchen Werken über das neuere Römiſche Recht das ädilitiſche Edict hinſichtlich der Gewähr für innere Mängel beim Viehhandel Veranlaſſung zu mehreren Monographien gegeben (vgl. z. B. die Literatur bei Thibaut § 191). Allein man hat leider bisher, ſo viel mir bekannt, auch hier Römiſches und Germaniſches Recht nicht durchweg mit rechtshiſtoriſcher Genauigkeit aus einander gehalten[2]). Uebrigens würde man wohl ſich irren,

---

1) Vgl. oben § 29 und Vorträge 1, 2, 380 ff. Eine merkwürdige Stelle darüber, daß noch im dreizehnten Jahrhunderte in Hamburg das Halten von Vieh, und zwar allerlei Art, ſehr gewöhnlich geweſen ſein muß, enthält das älteſte Reſignationen-Protocoll 122, 16. 21 ff.

2) Nach der Methode von Vangerow's in deſſen Lehrb. der Pand. Bd. 3 S. 299 ff. wird die Vermiſchung der verſchiedenartigen Rechts-Elemente vermieden.

wenn man das Eigenthümliche der hier vorliegenden Vorschriften für den Viehhandel in unserem Ordel VI, 27 allein darauf stellen wollte, daß hier von Vieh die Rede ist. Mir scheint ein Gesichtspunkt hier nicht aus der Acht gelassen werden zu dürfen, auf den die Erwähnung des freien Marktes im neusten Statut II, 8, 17 leitet. Es läßt sich annehmen, daß das Vieh damals schon, wie jetzt, auf dem Markte gekauft sei. Nimmt man nun noch die Worte ere vorwort ne syn anders in der ihnen von mir bereits oben (§ 28) vindicirten prägnanten Bedeutung: so gewinnen wir für die Exegese der fraglichen Bestimmungen in VI, 27 folgendes pragmatisches Resultat: Mit dem Viehhandel hat es nach Altdeutschem Recht eine andere Bewandniß. Bei demselben kommt es nicht darauf an, daß der Käufer das Gekaufte bereits in seine Wehre nahm. Da er es in der Regel auf dem offenen Markte kauft, wo selbst für gestohlenes und geraubtes Gut ursprünglich besondere Vorschriften galten[3]); so hat der Verkäufer ohne Weiteres den Kaufpreis zu fordern, wenn der Käufer es besehen hat. Es steht diesem ja frei, ausdrückliche Bedingungen zu machen, wie darauf der Schluß des Ordels in den Worten hinweist: ere vorwort ne syn anders. Er kann ferner bei den Schweinen eine Untersuchung anstellen, die vielleicht mit besonderen Umständlichkeiten verknüpft sein, und zu welcher besondere Sachverständige hinzugezogen werden[4]) mochten, um Gewißheit darüber zu erlangen, ob sie geue sind[5]). Wir würden es unbegreiflich finden müssen, daß eine besondere Erlaubniß hier dem Käufer ertheilt wird, die Schweine zu besehen. Allein es ist vielleicht damit eine Stelle im Dortmunder Stadtrecht (Wigand's Gesch. von Corvey Bd. 1 Abth. 2 S. 209 ff.) in Zusammenhang zu bringen, wo der § 30 so lautet:

---

3) Vgl. 1270 VII, 9, 5, abweichend von 1605 IV, 35; s. unten § 63. S. auch Vortr. 1, 1, 167 und Lappenb. Vorr. zu den Hamb. R. A. S. LIX.

4) Auf diese Annahme führt die Vorschrift Lub. Cod. Hach. II, 239.

5) Der Ausdruck geue kommt auch Lub. III, 187 von Silber, und III, 189 von Brot vor, und wird an der ersten Stelle ungheue mit quadt, falsch, als synonym genommen. Sonst wüßte ich nicht, das Wort irgendwo gefunden zu haben.

Si aliquis burgensis stans in foro nostro vult emere aut recentes carnes aut recentes pisces, debet dicere vendenti, verte mihi piscem illum vel verte mihi carnes illas, nequaquam debet tangere propria manu sua. Si tetigerit, et cum duobus, qui viderunt, convictus fuerit, absque omni contradictione solvet quatuor solidos.

Man wird etwa daraus eine vielleicht allgemeine Gewohnheit abnehmen können, daß die Untersuchung der Marktwaare beschränkt war, woraus es sich erklärt, daß eine besondere Befugniß für eine genauere Betastung der Schweine ertheilt werden mußte. Dies Alles erklärt aber um so mehr die Nothwendigkeit, Vorworte zu machen, wenn der Käufer nicht ohne Weiteres selbst nach dem äusseren Besicht zahlungspflichtig sein wollte. Darauf, ob der Verkäufer die Mängel des verkauften Viehs kannte, ob diese Mängel wesentlich, ob sie erkennbar waren, ward zu einer Zeit kein Gewicht gelegt, der in meinen früheren Vorträgen 1, 2, 341 ff. die unvollkommensten Begriffe von der Zurechnung nachgewiesen sind, und für welche es also beim Viehhandel zunächst darauf ankam, sich durch Vorworte sicher zu stellen, oder in Acht zu nehmen, mit wem man handelt (Stat. d. 1605 II, 8, 8)[6]. Auch sind diese Grundsätze in ihrer rechtlichen Wirkung keineswegs so sehr vom Römischen Rechte abweichend, wie man es auf den ersten Anblick meinen möchte. Denn auch bei den ädilitischen Klagen machte sich das negative, und so ganz natürliche Princip geltend, daß der Irrthum, wenn er auf einer großen Nachlässigkeit beruht, keine rechtliche Wirkung hat l. 14 § 10 D. de aedil. edicto (21, 1) Savigny's System 3, 359 vgl. 340. Es ist aber doch gewiß als eine große Nachlässigkeit zu betrachten, wenn

---

6) Nur aus der Erheblichkeit der Vorworte erklärt sich das vierzehnte Miniaturbild zu dem Statut von 1497, zu dessen Erläuterung Lappenberg S. 44 ff. vielleicht diesen Gesichtspunkt noch mehr hätte hervorheben können. Die auf den Bändern verzeichneten Sprüche, das Zögern des Landmannes zur Rechten, den Gottespfennig anzunehmen, die Verhandlungen unter den Partheien auf beiden Seiten, ohne weiter das Vieh zu untersuchen, ja ohne es auch nur im Auge zu haben, scheinen die Absicht des Malers zu verrathen, diese Eigenthümlichkeit des Viehhandels, auf die Vorworte ein besonderes Gewicht zu legen, vorzugsweise zu bezeichnen.

der Käufer unter den geschilderten damaligen Ansichten nicht wenigstens durch Vorworte sich sicher stellte, sondern sich, wohl gar ohne seinen Verkäufer persönlich zu kennen, mit einer bloßen Ansicht des Kaufgegenstandes begnügte. Welchen Werth man gleichwohl auf diese Besichtigung und auf die Möglichkeit derselben, so wenig sie auch ausreichte, gelegt hat, beweist eine Rathswillkühr, deren Alter mir unzweifelhaft scheint, obschon sie sich in keiner Handschrift der hiesigen Stadtrechte (vgl. Lappenb. R. A. S. 71 ff.), sondern nur in dem Segeberger Codex des Lübischen Rechts als Art. 348 des Hamburgischen Theils desselben (vgl. Hach. Cod. IV, 10) findet. Es heißt dort folgendermaaßen:

Van gude to kopende dat nicht vor ogen is. Dat is ene willekore des Rades vnde der gantzen gementhe, dat nen man, he sy borger edder gast, schall kopen edder vorkopen jeniger hande gudt, dat nicht vor ogen is, edder nicht sichlich is, alse hoppen to vorkopende, de noch nicht gewassen is, edder korne, dat nicht gewassen ist, edder uissche, de noch nicht geuangen sint, alse heringk vp schonen, men wen de heringk yn dem solte is, vnde de hoppe edder korne gebloyet hefft, so mach en je welck wol kopen vnd vorkopen vnde stan denne syn euentuer. men kofft jenich man anders edder vorkofft alse vorgeschreuen steit, dat schall een jewelck affwedden mit III mark suluers, beide de koper vnde vorkoper.

Man sieht also, wie einerseits der bloße Besicht in vielen Fällen ohne Vorwort ungenügend angesehen wurde, so erschien andrerseits der Vertrag ohne Besicht, ohne die Mittel, sich von der Identität und den besonderen Eigenschaften des Kaufgegenstandes wenigstens möglicher Weise eine genauere Kenntniß zu verschaffen, ebenfalls als etwas für das öffentliche Interesse Bedenkliches, und man glaubte sogar durch Geldstrafen solche Verträge hintertreiben zu müssen, als die Quelle sehr bedenklicher Streitigkeiten und Verwickelungen.

Beim Pferdehandel fand das houet seek eine ganz besondere Berücksichtigung. Es scheint für diesen Mangel der Verkäufer, und zwar, wiederum den Altgermanischen Begriffen von Imputation völlig entsprechend, ganz unbedingt gehaftet zu haben,

der Mangel mochte ihm nun bekannt gewesen sein oder nicht [7]) der Käufer mochte ihn gewußt und vielleicht gar bei der Bedingung des Preises berücksichtigt haben oder nicht. Ob das houet seek eine hauptsächliche oder eine Kopfkrankheit bezeichnete, läßt sich nicht entscheiden. Da auch sonst in Altdeutschen Rechten die beispielsweise hervorgehobenen Mängel bei Pferden sich auf Kopfübel beziehen [8]), so berechtigt der Ausdruck an sich gewiß nicht dazu, ihn auf Hauptmängel zu beschränken.

Alle diese Vorschriften sind aber als Begünstigungen des Viehhandels anzusehen, durch welche keineswegs der allgemeine durchgreifende Grundsatz etwa beeinträchtigt werden sollte, daß aus dem Bringen an die Wehre der Wille gefolgert ward, unbedingt für einen solchen Gegenstand aufzukommen [9]).

---

7) Dieser Umstand trifft auch mit dem Römischen Recht zusammen, für welches die neuesten Forschungen es sogar ausser Zweifel gesetzt haben, daß der Verkäufer danach selbst dann sowohl wegen Fehler an Vieh und Sklaven, sondern auch an leblosen Sachen unbedingt haftet, wenn er sie gleich nicht gekannt hat. Es ist dies von von Vangerow Pand. 3, 2, 305 ff., und, ohne daß von Vangerow's Autorität benutzt wäre, auch von Keller in Sell's Jahrb. 3, 3, 345 ff. nachgewiesen worden.

8) Vgl. Goslarsches Statut p. 80, 34 ff., und wegen des vermehrten Sachsenspiegels Göschen zum Gosl. Stat. S. 460, wobei auch der vlammerer an dem Pferde den Zweifel nicht hebt, ob der Ausdruck ein bestimmtes Gebrechen bezeichnen, oder nur eine allgemeine Bezeichnung für Gebrechen überhaupt abgeben sollte.

9) Cropp scheint in s. Abh. über Gewährleistung für Mängel der verkauften Sache nach Germanischen Rechten (Abh. 1, 163 ff.) mit Hülfe der von mir gegebenen Erörterung im Detail seiner Argumentationen berichtigt werden zu müssen, wiewohl er im Resultat mit meiner Auffassung vielfach übereintrifft. Daß bei den Mängeln, welche sich an der in die Wehre des Käufers gelangten und von diesem übernommenen Sache zeigen, ursprünglich nach unseren alten Nationalrechten weder darauf ein Gewicht gelegt worden ist, ob diese Mängel sichtbar gewesen, noch darauf, ob der Verkäufer sie gekannt habe, bestätigen alle Altgermanischen Rechtsquellen, denen kein Römisches Recht beigemischt ist. So fern vom Rein-Germanischen Recht die Rede ist, läßt sich Eichhorn Privatr. § 97 darin nicht beistimmen, daß diesem Rechte beim Viehhandel die Redhibitionsklage bekannt gewesen, aber auf gewisse Hauptmängel beschränkt worden sei, so wie auch die Beschränkung der Klage auf

Zur Bestätigung meiner Exegese von VI, 27 können die Varianten einiger neuerer Handschriften des alten Lübischen Rechts vielleicht beitragen. Da heißt es statt he schall it gelden:

quick, vnde betastet dat, vnd em so behaget, so mot he dat entfangen vnde betalen.

Ferner beim Pferdehandel:

mehr waren den dre dinck, dat idt ungestalen sy vnd sunder hovet seek und amborst.

So hat endlich Cod. Hach. II, 239 folgende besondere Vorschrift:

So welc man swine koft unde besen let, werdet se eme bracht to hus vor gheue unde gud, vnde vind he welc dar mede vngheue vp der tunghen, he schal to spreken deme genen de eme de swine besach. De schal eme dar vore antworden vnde vul don. Heuet he der penninghe nicht, he schal beteren mit deme dat he heuet. Is auer der swine welc gheue vp der tunghen vnde anders vngheue, he mach dat wedder senden deme genen dar he it af cofte, al is it wol to houwen an vlicken.

Zu dieser Vorschrift findet sich in einigen Handschriften der Schluß:

Kofft een man swyne de he besut ofte besen let, ofte se geue sint, vnde de in de were bringet, de mot he betalen.

§ 61.

Fortsetzung.

Wir müssen mit dem bisher erläuterten Ordel ein anderes von 1270 verbinden, weil daraus sich ergiebt, wie auch der Wille des Verkäufers, daß der Käufer das Recht der Gewehr an der verkauften Sache erlangte, und das Vertrauen, welches jener diesem schenkte, zu rechtlichen Consequenzen führten, die ihm präjudicirlich wurden. Dies Ordel von 1270 VI, 23 findet sich ohne erhebliche Varianten 1292 G, 20. 1497 L, 4. 1605 II, 6, 13.

---

einige Tage durchaus nur neueren Ursprungs ist. Die Stellen, worauf Eichhorn Anm. c. sich in der ersteren Beziehung beruft, setzen vorworte voraus, auf welche ja auch unser Ordel VI, 27 a. E. hinweist, und durch welche die allgemeinen Grundsätze natürlich nur in den besonderen Fällen modificirt werden.

Stad. V, 22 (Puf. I app. p. 196) Rig. 80 (Puf. III app. p. 248) Lub. Hach. III, 318, und heißt so:

Koft een man to eneme beſchedenen dage, vnde truwet men eme to der tyt alſo he koft, vnde let men eme dat gud an ſyne were[1]) bringen, vnde eſſchet men eme darna enen borghen, he ne darf nenen borghen ſetten, it ne ſi witlik deme rade[2]), dat he ut der ſtad varen wille[3]).

Man muß, um dieſes Ordel richtig aufzufaſſen, ganz vom Römiſchen Rechte abſtrahiren. Nach § 41 J. de rerum divisione (2, 1) wird der Kaufgegenſtand ſofort das Eigenthum des Käufers, wenn der Verkäufer ihm ohne Sicherheit Credit ſchenkt (si is, qui vendidit, fidem emtoris secutus est[4]). Nach unſerem Ordel kommt es aber weſentlich darauf an, daß der Verkäufer nicht blos die Zahlung des Kaufpreiſes auf einen beſtimmten Tag genehmigt, und dem Käufer Vertrauen geſchenkt hatte, ſondern er muß es ihm auch geſtattet haben, den Gegenſtand des Handels an ſeine Wehre zu bringen, er muß nicht blos ſeinerſeits das Recht der Gewehre an dem Gute aufgegeben, ſondern der Käufer es auch übernommen haben. Dann kann der Verkäufer eben darum, weil er die Gewehr aufgegeben hatte, nach Analogie des Falles in dem Ordel IX, 21 (vgl. § 25), nichts mehr als den Kaufpreis vom Käufer verlangen, namentlich nicht einen Bürgen für die Sicherheit der Zahlung. Grade aber das Verhältniß der Gewehr brachte es mit ſich, daß die Flucht des Käufers andere Rückſichten erzeugte. Hier war das alte Recht der Selbſthülfe in ſeiner Kraft geblieben, es war auch ſehr natürlich, daß dies ſich in einem Falle, wo Jemand hinterliſtig ſich

---

1) Die Handſchrift, wonach Lapp. den Abdruck des älteſten Statuts beſorgen ließ, hat in ſyn erue, was ganz offenbar ſpätere Emendation, oder mindeſtens ein Schreibfehler iſt: vgl. auch oben § 59.
2) Vgl. über dieſen Ausdruck meine Vorträge 1, 2, 353 oben.
3) Wir wiſſen es ſchon von anderswo her, daß heimliche Flucht, welche mit dieſem Ausdruck bezeichnet wird, beſondere Wirkungen und Vorkehrungen geſtattete: vgl. oben § 7.
4) Vgl. über den Sinn dieſer Worte und ihre Anwendung auf concrete Fälle Cropp Abh. 1, 425 ff., der übrigens von einem beſondern Germaniſchen Recht in dieſer Materie abſtrahirt hat.

seinen Verpflichtungen entzog, erhalten mußte. Der Gläubiger durfte alsdann ohne Gefahr, einen Friedensbruch zu begehen, in die Gewehr des Schuldners dringen, und selbst die Pfändung vornehmen. Um Diesem vorzubeugen, mußte der städtische Verkehr ein anderes Mittel, und zwar darin ihm zu Wege bringen, daß er einen Bürgen verlangen konnte. Mir scheint es aber, man faßt das Ordel nicht in seiner rechten Bedeutung auf, wenn man es davon versteht, daß nun der Gläubiger habe gerichtlich auf eine Bürgschaftsbestellung dringen können. Insgemein würde bei einem flüchtigen Schuldner diese Procedur keinen Effect gehabt haben. Vielmehr mußte der Käufer sich dann bequemen, ohne alle gerichtliche Intervention sofort einen Bürgen zu stellen, oder sich das Selbstpfändungsrecht des Verkäufers gefallen lassen, wenn auch der Zahlungstermin noch nicht gekommen war.

Wir begegnen also hier einem Ordel, welches uns recht deutlich macht, daß Förster das Rechtsverhältniß, welches sich aus dem freien Willen der Partheien zur Sache gestaltete, unvollständig auffaßt, wenn er zunächst auf den Willen des Empfängers Rücksicht nehmen zu müssen glaubt (§ 26).

Andrerseits bietet mir aber hier eine Aeusserung Cropp's Beitr. 2, 1 S. 21 grade bei Gelegenheit unseres Ordels, einen Anlaß, wiederum mich dagegen zu erklären, daß man nicht unter dem Bringen an seine Wehre nothwendig das Nehmen in das Haus, in den Speicher oder auf den Lagerplatz verstehen muß (§ 59). Das Ordel selbst enthält für uns keine Nothwendigkeit, unter dem Ausdruck hier mehr zu begreifen, als die Uebernahme des Vertheidigungsrechtes, und wir thun gewiß besser, in diese alten Ordele nichts hineinzutragen, was nicht nothwendig durch ihre Fassung bedingt ist. Wie genau man sich aber an den Ausdruck hier gehalten, wie man gewiß nichts weiter, als die Ueberlassung des Vertheidigungsrechtes dabei gedacht und gemeint hat, bestätigt sich auch daraus, daß hier (bis auf eine einzige, deren Vollgültigkeit ich aus inneren Gründen schon öfter habe in Zweifel ziehen müssen) keine Handschrift, keine Parallelstelle eine Variante enthält, und selbst unser neustes Statut die Vorschrift auf das Bringen in die Gewehr beschränkt, während sonst dabei auch der Behausung oder des Packraums Erwähnung geschieht (§ 59).

§ 62.
Fortsetzung.

Durch die bisherigen Erörterungen werden wir in den Stand gesetzt, auch noch über ein anderes Ordel uns ein vollständigeres Licht zu verschaffen, von welchem Ordel das Alterthum unbestritten ist, und dessen Anfangsworte und Parallelstellen schon oben (§ 57) mitgetheilt wurden. Es ist das Ordel VII, 9 von 1270. Nach dem mitgetheilten § 1 heißt es weiter:

§ 2. Is it ok ieniger hande gud, dat gekomen sy uth deme lande van Ratzeborch, edder uth deme lande van Sadelbendingen, edder tuschen Elue vnde Eydere, vnde so wennen it gekomen sy, dat hyr in der stad wesen heuet [1]) iar vnde dach sunder bysproke: dat is en man neger to beholdende in synen hebbenden weren mit twen guden mannen to tuge, denne it eme jenich man afto-wynnende sy.

§ 3. Is it ok also, dat it sodan gud is, dat it en man mit intuch [2]) beholden schal, vnde sprikt me se an mit tuge: de man de den suluen intuch in weren heuet, is se neger to beholdende mit syneme tuge, den se eme ienich man aff to wynnende sy.

§ 4. Is it ok, dat en man vp enen warent [3]) tut vmme gud, dat men vor duue ofte vor roue ansprikt, de ne mach nenen veren [4]) warent hebben wente an de drudden hand. Vnde de drudde hand schal antworden.

---

1) Im Rigischen Statut ist dieser Anfang natürlich etwas geändert. Ebenso im Stadischen. Im Lübischen fehlt der § 2 ganz.

2) **Intuch, intucht**, Einzucht wie Zuzucht, von Vieh, das man sich selbst zugezogen hat. Hier steht es, wie die Glosse zu 1497 E, 11 bemerkt, überhaupt für Dasjenige, was man in seinen Wehren aufgefüttert oder aufgezogen, oder, wie Tuch oder Leinwand, was man aus eigenem Garn gewebt hat ꝛc. Vgl. Sachsensp. II, 36, 3.

3) **Warent, warant**, Garant, Gewährsmann, was in andern alten Rechten Fordro, Vormann, heißt.

4) **Veren, furderen** heißt es 1497, ferneren. Das Wort kommt auch vor 1270 I, 10. Dadurch, daß Eichhorn Rechtsgesch. 2, 683. Anm. k. nur unser Statut von 1292 für dieses Ordel, wobei er zugleich verren etwas ungenau mit „andern" übersetzt, allegirt, scheint er die Quelle des Statuts von 1292 zu übersehen, und ist

§ 5. Is it ouer, dat en man tut vppe den ſetten market, vmme duue ofte vmme roff, de duue ofte de roff ſchal eres ſetten markedes neten.

§ 6. So wat en man vnder enes heren banneren vindet vnde wynnet in eneme ſtryde, ſprikt dat gud jenich man an vor duue ofte roff: dat is de man neger to beholdende mit ſyneme tuge mit twen guden mannen, de dar weren, dar he dat gut wan, denne it em ienich man aff to wynnende ſy.

Damit wollen wir dann noch zuſammen halten das Ordel XII, 5, deſſen § 2 ſchon oben § 57 vorkam:

§ 1. So we ouer den anderen ofte ouer den drudden dach duue ofte roff, dat eme genomen is, vnder eneme anderen vindet, de dat openbare koft heft vnde vnhalinge heuet, deme ne mach men nener hantaftigen daet ſchuldeghen, ofte he des tuch heuet.

§ 2. Spreke ouer en man, dat he it gekoft hebbe vppe deme ſetteden markede, vnde he ne wete nicht wedder [5]) weme, ſo is he der duue unſchuldich. Vnde dat ſchal he ſweren, vnde vorluſt ſine pennynge, de he darvmme gaf. Vnde ꝛc. Den Reſt dieſes § ſ. oben § 57.

§ 3. Secht he ouer, dat it eme gegeuen ſy, ſo ſchal he ſinen warent vorebringen bynnen XIIII nachten. Vnde ne deit he des nicht, de ſchade is ſyn, vnde he is des gudes en deff.

Auch dieſer Theil des Ordels bietet keine irgend erhebliche Varianten in den verſchiedenen Manuſcripten und Parallelſtellen.

---

daher zu berichtigen. Ebenſo Mittermaier Grundſ. d. gem. D. Privatr. Ausg. 4 § 138 Anm. 12, und abermals Eichhorn Privatr. § 171 Anm. m. — Zu dem Princip, daß die dritte Hand antworten ſoll, vgl. Cod. Lub. Hach. II, 82.

5) Wir begegnen hier dem wedder (ebenſo 1270 I, 7, jegen eme II, 1), contra, erga, von Jemandem kaufen, was ſich auch häufig in dem älteſten hieſigen Stadt-Erbebuche findet, und nichts als eine Sprachweiſe iſt, in der man beſondere Rechtsformen nicht nachweiſen kann. Ich muß dies gegen Herrn Dr. Reimarus erinnern, vgl. Zeitſchr. 1, 3, 456. Die Präpoſition wedder kommt auch ſonſt in einer andern als der jetzt üblichen Bedeutung vor. So ſteht ſie 1270 III, 4 für zwiſchen oder unter.

§ 63.
Fortsetzung.

Meiner Ansicht nach sind alle diese verschiedenen Vorschriften, die wir in den mitgetheilten alten Ordelen antreffen, aus der Vermittelung hervorgegangen, welche man in unseren städtischen Verhältnissen bemüht sein mußte, zwischen den beiden uralten Nationalvorurtheilen herbeizuführen (vgl. oben § 3 Anm. 2 S. 78). Die gefährlichste Stütze des Rechts der Gewalt und Selbsthülfe mußte natürlich die Behauptung sein, das Gut, welches der Andere in seinen Wehren hatte, sei gestohlen oder geraubt. Hiergegen gab gewiß der Wunsch, durch Rath und Gericht einzuschreiten, und dem Zusammenstoß beider Rechte vorzubeugen, wenig Sicherheit für die Ansprüche des Verkehrs und Handels. Das Nationalvorurtheil fand hier vielmehr eine besondere Rechtfertigung in der Bürgerpflicht, Friedensbrüche als Ankläger vor Gericht zu verfolgen, eine Pflicht, die sogar bei Strafe schon 1270 eingeschärft werden mußte, weil, wie es scheint, es den auf Erwerb und Handel ausgehenden Bewohnern der Handelstadt unbequem vorkam, sich wegen Straffälle abzumüssigen. Man durfte daher Demjenigen, der sich selbst Recht verschaffen wollte, weil er in den Wehren eines Andern das ihm gestohlene Gut antraf, nicht anders als behutsam in den Weg treten. Dazu bot sich denn ein praktisch ersprieslicher Ausweg. Es konnte nämlich nicht fehlen, daß das Bedürfniß des Handels selbst aushalf. Es bildeten sich den Nationalrechten gegenüber Usanzen, welche man aber wiederum gewiß misverstehen würde, wenn man dabei allemal von einem Richter oder einem gerichtlichen Verfahren ausgehen wollte. Es waren eben auffergerichtliche Auseinandersetzungs-Maximen, welche durch das ihnen zur Seite stehende Herkommen stark genug waren, um den älteren Nationalrechten die Spitze bieten zu können. Wie auch sonst, war das gegenseitige Bedürfniß einer Ausgleichung gefährlicher Differenzpunkte die Mutter dieser Gebräuche [1]).

---

1) Zu den wesentlichen Bereicherungen der Rechtswissenschaft in dem Pandektensystem Savigny's (einer auch in der Form unwiderstehlichen Lectüre für alle Juristen) darf man den Excurs 1, 420 ff. rechnen, wo der vielfach gemisdeutete Sinn des Rescripts Con-

Insbesondre waren es zwei Beziehungen, nach denen sich diese Gebräuche ausbilden mußten. Die eine galt der Person Desjenigen, in dessen Wehren sich das Gut befand, welches ein Anderer als Diebsgut ansprach. Hierüber enthält das Ordel XII, 5 die wesentlichen Regulative [2]), und zwar ganz im Sinne des Alt-Germanischen Criminalrechts. Wer ein Gut, das er gekauft hat, offen hält, nicht verheimlicht, wenn bei ihm Nachfrage geschieht, kann nicht als Dieb angesprochen werden, eben weil nicht eine Handhaftigkeit vorlag (vgl. darüber meine Vortr. 1, 2, 405 ff.). Kaufte er es auf dem gesetzlichen Markte, so brauchte er nicht einmal seinen Verkäufer nachzuweisen, um sich von dem Verdacht des Verbrechens zu reinigen, wenn er nicht wußte, wer dieser Verkäufer war, und dies beeidigen konnte. Denn seine Rechtfertigung lag in der Offenheit, mit der er den Handel geschlossen hatte. Es war dies das Recht, welches der gesetzliche Markt genoß (vgl. oben § 60), und es ging ganz natürlich aus allgemeinen Rechtsansichten hervor. — Wie sehr aber zunächst alle diese Bestimmungen durch das Bedürfniß erzeugt wurden, dem Handel und Verkehr die nöthigen Sicherheiten und Erleichterungen zu verschaffen, ohne die er nirgends bestehen

---

stantin's ermittelt wird: Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est: verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem. Das Recht kann gar nicht bestehen ohne Anerkennung des Ansehens von Gewohnheiten und Gebräuchen desjenigen Orts, dessen Recht grade in Frage steht. Aber dies Ansehen muß seine natürliche und rationelle Grenze finden, und findet auch seine reelle Gränze in dem öffentlichen Interesse. Im Widerstreit mit demselben gilt kein Gebrauch, keine Gewohnheit auf die Länge (longaeva). Ob ein früheres oder späteres Landesgesetz das öffentliche Interesse ausdrücklich anerkennt oder nicht, das ist gleichgültig. Aber eine andere Beschränkung der wichtigsten Quelle des Privatrechts ist ebenso sehr in monarchischen als republicanischen Regierungsformen undenkbar. Jene Quelle darf in unseren alten Ordelen besonders nicht übersehen werden.

2) Es scheint mir nicht richtig, wenn z. B. Cropp Beitr. 2, 2, 282 ff. dies Ordel in Beziehung auf Vindication und auf die Verhältnisse des Bestohlenen zu seinem Eigenthum citirt. Eine solche Auffassung muß auf ganz andere Folgerungen aus den dort gegebenen Bestimmungen führen, als ich für historisch richtig anerkennen kann.

oder aufblühen kann, beweist eben dasselbe Ordel in seiner Schluß-bestimmung. Hier machte sich das allgemeine Germanische Recht in seiner ganzen Breite und Schwerfälligkeit geltend, wie wir es im Sachsenspiegel II, 36 finden, weil es hier nicht Handel und Wandel, sondern den Fall betraf, da das Gut geschenkt, gegeben sein sollte. Da mußte der Mann, der es in seinen Wehren hatte, seinen Gewährsmann binnen vierzehn Tagen stellen, und zwar, wie der Ausdruck vorebringen anzudeuten scheint, vor Gericht stellen[3]); sonst büßte er das Gut ein, der Andere, der es als ihm gestohlen in Anspruch nahm, bemächtigte sich desselben, und der bisherige Detentor galt für einen Dieb. Für das Rechts-geschäft der Schenkung hatte man bei uns nicht die Rücksichten zu nehmen, welche man dem Handel schuldig zu sein glaubte. Es ist freilich wahrscheinlich, daß das Ordel von 1270 VII, 15[4]) auch in diesem Falle noch Platz griff, und wer auf einen Gewährs-mann sich bezog, der nicht hierselbst anwesend war, längere Fristen genoß. Allein es war doch das Gut dem Verkehr jetzt entzogen, und es war ihm in der ganzen Zeit nicht möglich, darüber zu verfügen: ein Verhältniß, bei dem es nicht fehlen

---

3) Da somit nach Germanischem Rechte auch der Schenker zur Evictions-leistung verpflichtet ist, so kann man für dasselbe die Controverse des Römischen Rechts umgehen, über welche die geistreiche Aus-führung in von Vangerow's Pand. 3, 313 ff. zu vergleichen ist.

4) Die Uebereinstimmung zwischen diesem Ordel VII, 15 und der lex Ripuar. 33, 1 ist sehr merkwürdig, und dürfte für das höhere Alter des Ordels gegen den Sachsenspiegel namentlich der Umstand sprechen, daß das Ordel mit dem alten Volksrechte nicht blos im Princip und in der Festsetzung der ersten Frist auf 14 Nächte, worin Beide mit dem Sächsischen Landrecht zusammentreffen, sondern auch in der Be-stimmung von drei Fristen, und bei der letzten in der Erwähnung des an einem anderen Konigrike (extra regnum) übereinkommt. Wenn Lappenberg in seiner Vorrede zu den Hamb. R. A. I, LVII eine wörtliche Uebereinstimmung zwischen Lub. Cod. Hach. I, 79 und II, 185 mit unserem Ordel VII, 15 hervorhebt, so hätte jene ältere Parallele theils eher Erwähnung verdient, theils aber wäre wohl zu erinnern gewesen, daß Mehreres grade in jenen Lü-bischen Handschriften von unserem Ordel abweicht, was den älteren Ursprung des Letztern auser Zweifel setzt. So namentlich die Lü-bische ersichtlich neuere Fristbestimmung von 14 dies statt der 14 Nächte.

konnte, daß es Transactionen herbeiführte, so daß, um zu verhindern, daß Vergleiche der Art nicht dem öffentlichen Interesse, das Bestrafung eines Verbrechers heischte, in den Weg traten, das Princip geltend gemacht werden mußte, wonach nur vor Rathmannen oder vor Gericht solche Vergleiche (seue sone VII, 18) rechtlich wirksam geschlossen werden durften, vgl. 1270 VII, 11.

§ 64.

Fortsetzung.

Für den städtischen Verkehr nicht minder unentbehrlich war die zweite Rücksicht, welche nämlich in Beziehung auf das Gut selbst genommen werden mußte, das als Diebsgut angesprochen wurde. Man hat sich hier die Zeit des dreizehnten Jahrhunderts zu vergegenwärtigen, wo dieser Fall sich viel häufiger, als es jetzt gedenkbar ist, ereignete, wo Raub und Gewalt an der Tagesordnung waren, und es gar nicht fehlen konnte, der Beraubte oder Bestohlene fand sehr häufig erst dann es gerathen, sein Gut zu reclamiren, wenn er es in den Händen eines weniger Gewaltigen, etwa eines friedsameren Bürgers und Kaufmanns antraf. Aber eben weil es am Ende Jedem freistand, der die Stirn dazu hatte, ein Gut als das seinige und als ihm gestohlen anzusprechen, so kam hier bei dem gemeinschaftlichen Interesse und Zustande der Stadtbewohner das Bedürfniß, den Verkehr zu sichern, dem alten Nationalrecht der Gewehr in dessen Collision mit dem andern Nationalrechte der Gewalt und Selbsthülfe zu Statten, und so bildeten sich mehrere Usanzen, welche das Ordel VII, 9 aufzählt.

Man darf zum richtigen Verständniß und zur Erlangung der Ueberzeugung von der inneren Nothwendigkeit dieser uralten Usanzen, in denen man bisher nur gewohnt gewesen ist, eine Art blinder Willkühr zu erblicken, den doppelten Gesichtspunkt nicht aus den Augen lassen, daß hier der Handelsverkehr und das Recht der Gewehr zugleich geschützt werden sollten.

Der erste Fall mag eine besondee Wichtigkeit gehabt haben. Nach dem damaligen Betriebe von Schiffahrt und Handel zog der Hamburgische Kaufmann selbst aus, um seewärts Güter einzukaufen. Wir haben uns aus Lappenberg's Urkundenbuch (vgl.

Vorträge 1, 1, 168 ff. 171 ff.) davon überzeugt, mit welchen Gefahren und Schwierigkeiten dieser Betrieb schon auswärts verbunden war. Der Kaufmann war endlich hier angelangt, er hatte sein Recht der Gewehr an dem erhandelten Gut. Nichtsdestoweniger wagte Jemand es darauf, und machte es ihm als duue edder roff streitig. Ihn selbst als den Dieb anzusprechen, dafür schützte ihn sein Ruf und allenfalls sein Eid, vgl. VI, 5 und 12, so wie die Geldbuße von 3 Pfund, welche den niederfälligen Ankläger traf, XII, 10 [1]). Aber auch das Gut selbst ward ihm durch sein Recht der Gewehr gesichert, wenn er nur durch einen einzigen oder zwei Zeugen, oder durch eine Urkunde darthun konnte, daß er es gekauft hatte. Selbst Diebsgut konnte dann nicht reclamirt werden, wenn es über See und Sand hierher gebracht war, wie es in unserem neusten Statut von 1605 heißt, das unser Ordel in den wesentlichsten Zügen in seinem Titel vom Seeraube II, 19, 2 und 3 aufgenommen hat [2]).

Aber auch der Land- oder Binnenhandel, der in gewisser Hinsicht damals von einer besonderen Bedeutung für unsere Stadt war, bedurfte eines vorzüglichen Schutzes. Hier war das Recht der Gewehr ebenfalls zu Gunsten des Handelsverkehrs gegen das Recht des Stärkeren selbst dann zu begünstigen, wenn dieser das erhandelte Gut als Diebsgut ansprach. Was bei dem Seehandel die Ortsentfernung rechtfertigte, das glich hier der Handelsgebrauch in einer sehr natürlichen Ideenverbindung mittelst des Zeitverlaufes aus. Das Gut, die Waare mußte nur ohne Beispruch Jahr und Tag hier in der Stadt gewesen sein, und es war der Handel

---

1) Die Verwandtschaft dieser Bestimmungen mit dem Lüb. Recht Cod. Hach. I, 35. 36. II, 77, 78 weist Lappenberg Vorr. zu den Hamb. R. A. I, LVIII nach, und damit die Allgemeinheit des Princips, das also keineswegs als Hamburgischer Particularismus aufzufassen ist.

2) Man darf es nämlich hier nirgends aus der Acht lassen, daß die bona fides des Besitzers, um sich gegen Vindication zu schützen, ein Rechtselement ist, was unserem statutarischen Recht aus dem Römischen erst überkam. Die Vertheidigung, die Gewehr an einer Sache erforderte das Kriterium des Nichtwissens, daß es Diebsgut war ꝛc., nicht. Vgl. übrigens § 66 Anm. 1.

damit vor jeder Anfechtung [3]) sicher, falls nur das Recht der Gewehr und ein Zeugniß für diesen Zeitverlauf vorhanden waren. Aber auf jenes Recht kam es allerdings dabei wesentlich an. Es liegt in dem Ordel kein Grund für die Annahme, der ich überhaupt nicht oft und lebhaft genug bei der Exegese unserer alten Ordele entgegentreten kann, als ob hier eine Instruction für die gerichtliche Schlichtung erhobener Differenzen vor uns läge; sondern es sind im Gegentheil Grundsätze, welche beobachtet wurden, um jeder gerichtlichen Procedur zuvorzukommen.

Ein fernerer Fall von besonderer Erheblichkeit lag damals in der in unserer Stadt getriebenen Viehzucht und Tuchfabrikation. Um nicht blos des Handels wegen, sondern auch um für den eigenen Haushalt sich die Früchte von Beiden zu sichern, war es nöthig, hier dem Recht der Gewehr gegen das Recht der Gewalt auch bei einer Ansprache des Gutes als gestohlen den Ausschlag zu geben. Ich verstehe die Worte sodan gud, dat en man mit inuch beholden schal, in dem oben angegebenen Sinne.

Indessen bedurfte noch ein anderer Fall ähnlicher Rücksichten. Der Gegenstand des Handels konnte vielleicht nicht über See gekommen, oder nicht über Jahr und Tag ohne Beispruch hier gewesen, gleichwohl auch nicht hier producirt sein. Ward er nun als Diebsgut angesprochen, so hätte man nach denjenigen Grundsätzen, denen wir zuerst in der Lex Salica emend. Tit. 49 und darnach auch im Sachsenspiegel II, 36, 6 begegnen, eine ganze Reihe von Gewährsmännern stellen, man hätte alle die verschiedenen Geschäfte, durch welche das Gut von einer Gewehr in die andere gegangen war, zurückverfolgen müssen, bis man auf den Mann

---

3) Albrecht die Gewehre S. 124 erinnert, daß hier nur von der Anfechtung abseiten Auswärtiger die Rede sein könne, deren Ansprüche aus einer Zeit stammen, bevor die Waare in die Stadt kam. Daselbst bezeichnet er es Anm. 270 a als eine Merkwürdigkeit, daß unser neuestes Statut von 1605 nur die alte Vorschrift zum Schutze des Seehandels, nicht aber diejenige zum Schutze des Landhandels beibehalten hat. Mir scheint dies eine ganz natürliche Folge des erleichterten und geschützteren Landverkehrs zu sein, und würde um deswillen jetzt bei einer Revision unseres Stadtrechts auch die Begünstigung der seewärts ankommenden Waaren wegfallen können und müssen.

kam, der es fabricirt oder in seinem Stalle aufgezogen hatte[4]). Diese Weitschweifigkeit war für den Handel unleidlich, und so bildete die Noth den Ausweg, daß nur ein einziger Gewährsmann zu stellen war[5]). Wer das Gut als Diebsgut zu verfolgen Lust und Muth hatte, dem mußte dieser Gewährsmann Rede stehen; weiter durfte die Verfolgung nicht getrieben werden, und konnte dieser Dritte sich mit den XII, 5 beschriebenen Umständen schützen, so war damit wenigstens der sonstige Handelsverkehr und das Recht der Gewehr gesichert.

Der ebenfalls in jenen Zeiten viel häufiger als jetzt bedeutend werdende Fall des Handels auf dem gesetzlichen Markt ward schon in dem Ordel XII, 5 in der Beziehung zu der Person berührt. Hier heißt es vom Marktgut, es soll seines Marktes genießen,

---

4) Freilich kann ich mich des Zweifels nicht ganz erwehren, ob dies Zurückgehen auf alle Gewährsmänner, wie es in mehreren alten Rechten eingeschärft wird, jemals praktisch gewesen ist. Sollte sich dies bei einer solchen theoretischen Spitzfindigkeit annehmen lassen? Wohin das Princip führt, in seiner starren Consequenz festgehalten, beweist sich aus der freilich allerdings folgerechten, aber in der That absurden und fast komischen Vorschrift des Sachsenspiegels 3, 83, 3, daß ein Verkäufer des verkauften Objects Gewährsmann sein ganzes Leben hindurch sein soll! Selbst wo, wie auf dem Lande, nur ein Verkehr mit Landesprodukten vorkam, lähmt ein solches Princip ihn dermaaßen, daß es unmöglich befolgt sein kann. Mir scheint auch hier eine Spur von dem alten Recht der Selbsthülfe angenommen werden zu müssen. Wenn Eichhorn Rechtsgesch. 1, 382 es als eine Eigenthümlichkeit des Sächsischen und Longobardischen Volksstamms ansieht, daß der Kläger dem Beklagten bis zu dem Wohnort des Gewehren folgen mußte, wenn dieser nicht zu weit war, so finde ich darin eben das Bemühen der Autonomie, jenes Recht der Selbsthülfe mit Hülfe der Sitte und Gewohnheit zu erschweren, und dadurch die Gewehr gegen Angriffe so weit zu schützen, als es irgend sich thun ließ.

5) Hier wahrte eine Hand die andere, in dem doppelten Sinne, daß der Käufer blos seinen Verkäufer wahrnahm, und dieser der Gewährsmann seines Käufers wurde. Es ist dies das bei den alten Franken (vgl. Eichhorn Rechtsgesch. 1, 380) genannte rem intertiare, die Sache durch einen Dritten vertreten lassen, woraus sich unser Sprachgebrauch gebildet haben mag, Denjenigen, welcher nicht directe Parthei in einem Rechtsverhältniß ist, den Dritten zu nennen.

es soll das Vorrecht haben, das der Markthandel gewährt. Wir haben gesehen (vgl. § 60), daß dies namentlich darin bestand, daß, selbst wenn man nicht wußte, von wem man gekauft hatte, also seinen Gewährsmann nicht nachweisen konnte, man nicht wegen Duve konnte angegriffen werden, sondern höchstens das Gut herausgeben mußte, und den Kaufpreis einbüßte. Dies ist auch eben der Zusammenhang dieses Falles mit dem vorhergehenden. Bei beiden blieb dem Vertheidiger seiner Gewehr gegen das Recht der Gewalt nichts, als seinen Gewährsmann zu stellen. In dem einen konnte er es, in dem andern nicht. In dem letztern Falle mußte ihm das Marktrecht zu Hülfe kommen. Sonst gab die Handelsfreiheit gegen das Nationalrecht keinen Schutz.

Unser städtischer Verkehr faßte nächstdem noch einen Fall ins Auge, wo nicht von dem friedlichen Betrieb des Kaufmanns, sondern von dem Kriegshandwerk Verwickelungen entstanden[6]). Um nun dem Recht der Gewehr seine ganze Bedeutung zuzugestehen, so daß es selbst dann in unserer Stadt gegen das Recht des Stärkeren Schutz finden sollte, wenn, was man in seiner Gewehr hatte, durch dies Recht des Stärkeren, durch die Kunst der Waffen, nicht durch die Künste des Friedens dahin gelangt war: so sollte nur gefordert werden, daß man es in einem Streit unter eines Herrn Banner, und nicht etwa auf eigene Faust, auf einem einzelnen Raubzuge, in einer solchen Fehde, der XII, 1 gedacht wird[7]), ausfindig gemacht und gewonnen, erbeutet hatte. Konnte man darauf Zeugen bringen, wirkliche Zeugen, die dabei zugegen gewesen waren, als man das Gut erbeutete: so schützte das Recht der Gewehr selbst gegen die Ansprache, daß es geraubt oder gestohlen sei. Für unsere Zeiten würde man eine solche

---

6) Vgl. meine Vorträge 1, 1, 177.

7) Dieses merkwürdige Ordel, welches sich, wie Lappenberg Vorr. zu den Hamb. R. A. I, LIV und LXXVI nachweist, theilweise schon im Soester Recht Art. 41 findet, theilweise aber unserem Statut eigenthümlich ist, kommt zwar im Statut von 1292 P, 1 vor, ist aber dort ausgestrichen, und durch ein anderes eben so interessantes Ordel N, 11 ersetzt, das von anderer Hand als die übrigen Artikel dieses Titels (vgl. Lappenberg S. 154), und auch 1497 O, 8 beibehalten ist. Vgl. meine Vortr. 2, 1, 39.

Usanz ziemlich sinnlos finden. Aber in jenen Zeiten mochte die Kriegsbeute einen nicht unbeträchtlichen Gegenstand des Handelsverkehrs ausmachen, und es war daher nothwendig, auch diesen Verkehr auf feste Grundsätze zu bringen, zumal da ein natürliches Gefühl für Denjenigen das Wort führen mußte, dem Gewalt oder Verbrechen, in die völkerrechtliche Form des Krieges eingekleidet, das Seinige genommen hatten, das er in der Gewehr des hiesigen Bürgers wiederfand.

§ 65.

Fortsetzung. Resultate aus den bisherigen Forschungen für das neuste Recht.

Nach der bisherigen Exegese der alten Ordele von 1270 (§ 49 ff.) wird man nicht mehr daran zweifeln können, daß es sich in diesen nicht um Vindication oder Römisches Eigenthum handelt, sondern daß darin Bestimmungen enthalten sind, welche sich zunächst ausschließlich auf die altnationalen Deutschen Rechte der Gewalt und der Gewehr beziehen. Ueberall liegt das Princip zum Grunde, daß, um eine Sache in Anspruch zu nehmen, das Recht der Gewehr daran dargethan werden muß, und ausserdem der Umstand, daß die Sache duue ofte roef sei. Für den nächsten und hauptsächlichsten Zweck der gegenwärtigen Vorträge würde dies Resultat genügen. Allein ich muß nothwendig einen Schritt weiter gehen, und die praktischen Folgerungen ins Auge fassen, welche dies geschichtliche Ergebniß für die Exegese des neusten Statuts von 1605 in den drei hier in Betracht kommenden Artikeln desselben II, 2, 7 II, 4, 2 und II, 8, 8 hat, um wenigstens zur Abwechselung meine im praktischen Leben stehenden Zuhörer aus den für sie dürren Steppen historischer und antiquarischer Forschungen auf die grünen Auen der Praxis selbst zu führen.

Man kann es im Allgemeinen wohl nicht in Abrede stellen, daß zweien jener Artikel, nämlich dem ersten und dritten, die alten Ordele von 1270 IX, 21 (§ 25) und XII, 5 (§ 57. 62) zum Grunde liegen, und darf sich daher nicht darüber wundern, daß die drei neuesten Ausleger unseres Statuts von 1605, Cropp, Pöhls und Gries, auch in diesem Statut auf das Recht der Gewehr Bezug nehmen. Das scheint aber durchaus verworfen

werden zu müssen. Man wird in dieser Materie für unsere heutige Anwendung niemals eine sichere Basis gewinnen können, wenn man nicht bei der Interpretation jener Artikel das alte Recht der Gewehr, dasselbe in dem allein richtigen Sinne genommen, und wesentlich von Besitz und Eigenthum unterschieden, gänzlich fallen läßt. Die Präjudicate von dem Bleideckerjungen, den der Rettelbladtsche Thesaurus iuris provincialis 2, 948, von dem Spiegelfabrikanten, den Cropp Abh. 2, 286, und von dem Kaffemäkler, den Pöhls Rechtsfälle 3, 3, 6 ff. mitgetheilt hat, sind nach dem Rechte von 1605, bis zu welchem die Ordele von 1270 in Kraft geblieben waren, ganz anders zu entscheiden, als nach diesen alten Ordelen selbst. Nach der Auffassung, welche ich von diesen Ordelen gegeben habe, und wonach es wesentlich darauf ankommt, welcher Contract vorherging, als Jemand eine Sache aus seinen Wehren ließ, und zwar namentlich auch um beurtheilen zu können, nicht blos wie, sondern auch wem er das Recht der Gewehr überlassen wollte, wer also von ihm befugt war, dies Recht auszuüben, — scheint es mir unzweifelhaft, daß das älteste Präjudicat den Fall von dem Bleideckerjungen richtig entschied, und daß der Käufer des Bleis dasselbe darum unentgeltlich an den ersten Verkäufer herausgeben mußte, weil dieser nicht dem Bleideckerjungen, sondern Demjenigen das Recht der Gewehr überlassen wollte, in dessen Namen der Junge das Blei abgeholt hatte, ohne von ihm beauftragt zu sein. Ebenso hat Cropp nach den alten Ordelen den Fall des Spiegelfabrikanten richtig entschieden. Dieser hatte die Spiegel aus seinen Wehren gelassen, nicht so, daß der Spediteur, welcher vorgab, von dem Hause in Philadelphia beauftragt zu sein, das Recht der Gewehr daran erlangen sollte, sondern dies Amerikanische Haus, und somit hatte der Fabrikant sein Recht der Gewehr gegen den Gläubiger des Spediteurs nicht verloren, dem dieser die Spiegel zur Deckung für dessen Forderung an ihn überlassen hatte. Dagegen würden vom Standpunkt des Althamburgischen Rechts aus Handelsgericht und Obergericht, so wie auch Pöhls, der ihnen a. a. O. S. 68 beipflichtet, den dritten Fall unrichtig entschieden haben. Der Verkäufer des Kaffe hatte ihn nicht dem Mäkler anvertrauen wollen, also nicht für diesen, sondern für diejenigen

Personen, in deren Auftrage und für welche der Mäkler zu kaufen vorschützte, das Recht der Gewehr aufgegeben; es war somit dem Verkäufer dies Recht unverloren, und er durfte es gegen Denjenigen geltend machen, der von dem Mäkler den Kaffe als Deckung für Forderungen an denselben erhalten hatte. In den Entscheidungsgründen des Handelsgerichtlichen Erkenntnisses kann man fast nicht einen einzigen der daselbst aufgestellten Rechtsätze als richtig anerkennen, sofern darin von dem obsoleten Recht der Gewehr ausgegangen, und aus einer Zusammenstellung der Stellen des neuesten Statuts von 1605, II, 2, 7. 9, 18 und 8, 8 gefolgert wird, es komme danach lediglich darauf an, ob Jemand seine Sache freiwillig aus seinen Wehren ließ. Die ganze Fassung des neusten Statuts in den beiden, hier zunächst entscheidenden Artikeln II, 8, 8 und IV, 35 kündigt sie als eine selbstständige Legislation an, und dürfte schon um deswillen nicht, und zwar selbst dann, wenn man von dem durch meine bisherigen Vorträge (§ 49 ff.) Ermittelten gar keine Notiz nehmen wollte, vollends aber nicht bei der, wie es mir scheint, unvermeidlichen Berücksichtigung desselben das alte Recht zur Erläuterung jener beiden Artikel herbeigezogen werden. Vielmehr ist es nun unzweifelhaft, daß die Artikel nur von Eigenthum und Vindication handeln, und es entsteht nur die Frage, was der Eigenthümer, der nach neuem Hamburgischen Rechte eine bewegliche Sache von Dritten vindiciren will, auffer seinem Eigenthume beweisen muß.

In dieser Hinsicht stimmt in Gries Commentar 1, 319 der Text nicht mit der Note überein. In der Letzteren wird Cropp's Ansicht, Abh. 2, 148 Anm. 10 adoptirt, daß der Eigenthümer beweisen müsse, es sei ihm die Sache auf eine zur Vindication berechtigende Weise abhänden gekommen.[1]) Im Text wird dagegen nur der Nachweis gefordert, die Sache sei ohne seinen Willen aus seinen Wehren gekommen. Das Handelsgerichtliche Erkenntniß, das Pöhls S. 11 allegirt, verlangt verbrecherische Handlungen bewiesen, welche nicht grade unter den strengen Begriff des Dieb-

---

1) Dies ist der Sinn der Worte und noch sei in II, 8, 8, welcher Zusatz sich auch schon in älteren Statuten findet, z. B. Goslar. 98, 19 ff. Vgl. Verm. Sachsensp. 4, 13, 1. Sächs. Weichbild 133.

stahls oder Raubes subsumirt zu werden brauchen, und durch welche Jemandem gänzlich ohne, oder doch ohne seinen rechtlich als solcher geltenden Willen eine Sache aus seinen Wehren entzogen worden ist. Ueber den Sinn der dem neusten Statute eigenthümlichen Worte „abgetrogen" und „Betriegung" bringt Cropp Abh. 2, 291 Not. 20 eine Argumentation, wonach der bloße dolus nicht zur Vindication berechtigt. Pöhls S. 65 erklärt sich nur gegen eine ungebührliche Ausdehnung jener Worte. Er will, die Sache müsse eine furtive im Sinne des Deutschen Rechts sein. Der Begriff des „Abgetrogen" läßt sich nach seiner Meinung nicht genau bestimmen.

§ 66.

Fortsetzung.

Wenn man die fraglichen Artikel des neuesten Statuts auf die Römische Eigenthumsklage zurückführt, und von dem alten Recht der Gewehr abstrahirt, welches freilich den Worten nach aus den Ordelen von 1270 auch noch in das neuste Statut II, 2, 7 seinen Weg gefunden, dort aber die alte Bedeutung gänzlich verloren hat, so daß das correctorische Element in den Worten „wofern der Inhaber das Gut mit gutem Titel an-sich gebracht" (vgl. II, 4, 2) die ursprüngliche Beziehung auf das alte Recht der Gewehr in den Hintergrund drängte: [1]) so sind es heutigen Tages folgende Fälle, in denen der Eigenthümer bei uns vindiciren kann:

---

1) Auch Gries I, 200. 208. 213 räumt ein, daß durch diesen Zusatz dem alten Ordel ein ganz anderer Gesichtspunkt untergeschoben worden ist. Merkwürdig erscheint der Umstand, daß er sich in dem ursprünglichen Entwurf des Stadtrechts von 1603 nicht findet, und in den Verhandlungen mit den Oberalten gar nicht erwähnt wird, vgl. die neuste Ausg. des Statuts S. 257. Allein es läßt sich daraus nicht folgern, daß man ihn für durchaus unverfänglich, sondern vielmehr, daß man ihn nach der damals herrschend gewordenen Volksansicht für sich von selbst verstehend gehalten haben muß. Freilich rügt Anderson (vgl. die neuste Ausg. des Statuts S. 261) mit Recht, daß das Additament male insertum, und mit den vorhergehenden Worten des alten Ordels „abgeraubet oder abgestohlen" im Widerspruche sei. Um so weniger bin ich der Meinung, daß noch jetzt dem übrigen Inhalt des alten Ordels ein praktischer Einfluß eingeräumt werden kann. A. M. Gries a. a. O. I, 208 ff.

1. Es muß ein Diebstahl im Deutschrechtlichen Sinne oder ein Raub in dem Sinne eines Deutschrechtlichen Diebstahls mit persönlicher Gewalt Statt gefunden haben [2]). Ausser den sogleich zu erwähnenden einzelnen Ausnahmsfällen genügt also zur Vindication nicht das Verbrechen der Unterschlagung. Anderson in seinem Commentar zu II, 8, 8 (vgl. die neuste Ausg. des Statuts S. 325) gedenkt schon eines Präjudicats von 1661, wonach der Eigenthümer eines vom Schiffer oder Fuhrmann veräusserten Frachtguts dasselbe vom dritten Besitzer nicht vindiciren konnte. Ferner genügt nicht die Gebrauchs-Entwendung (furtum usus), die bekanntlich der Deutschrechtliche Begriff vom Diebstahl, als einem furtum rei ipsius, ausschließt. Es ergiebt sich überhaupt nur eine einzige Form verbrecherischer Zueignung als Bedingung der Hamburgischen Vindication: dies ist der Deutschrechtliche Diebstahl, worauf sich bei einer genaueren Prüfung die drei Ausdrücke des neusten Statuts reduciren, so daß der Art. 8 eigentlich nichts mehr enthält, als IV, 35.

2. Ausnahmsweise [3]) und als ein Ueberrest der alten Ordele, der jetzt als bloße Anomalie erscheint, kann der Eigenthümer noch diejenige Sache vom Dritten vindiciren, welche er einem Handwerker zur Verarbeitung übergab, nnd dieser veräusserte II, 9, 18 (vgl. § 16 und 32).

3. Ebenso die Sache, die sein Diener veräusserte, ohne seine specielle Erlaubniß dazu zu haben II, 9, 7 (§ 56) [4]).

---

2) Nur die zur See an die Stadt gekommenen Waaren trifft die Bestimmung nicht II, 9, 2. 3 (vgl. § 64).

3) Vgl. wegen des Folgenden auch Pöhls S. 65. Gries 1, 205, welcher Letztere den Kreis der Vindicationsfälle enger begränzt, als der Erstere, wiewohl er allerdings den Fall des Handwerkers auf jeden Arbeiter auszudehnen unbedenklich findet! Freilich spricht schon der Cod. Lub. Hach. II, 193 ganz generell: **Deit en man kledere oder anders wat jemende to makende.**

4) Zwar läßt sich bereits frühzeitig eine Praxis nachweisen, welche auch in diesem Falle keine Ausnahme anerkannte. B. M. Möller (neuste Ausg. d. Stat. S. 257) hat darüber ein Präjudicat v. J. 1612, Bluhme (das. S. 258) v. J. 1667. Beide Commentatoren suchen die Praxis aus dem Gesetz zu rechtfertigen. Vgl. dagegen Gries 1, 205 ff.

4. Ferner kann der Eigenthümer seine Sache darum reclamiren, weil er beweisen kann, zwar nicht, daß sie ihm gestohlen, wohl aber daß sie bei einem Diebe gefunden ist [5]).

5. Ausserdem seine Sache, die man ihm zwar nicht gestohlen, wohl aber vertauscht, und danach verheimlicht hat arg. IV, 36 (vgl. 1270 IX, 23).

6. Desgleichen seine Sache, die ihm verloren gegangen ist [6]). Der Syndicus Möller in seinem Commentar zum neusten Statut (vgl. die neuste Ausg. dieses Statuts S. 325) führt diesen Fall namentlich auf.

7. Endlich läßt sich der singuläre Fall des Art. 25 der Neuen Falliten-Ordnung hier als ein uneigentlicher Vindicationsfall erwähnen.

Man darf behaupten, daß ausser den vorstehend speciell verzeichneten sieben Fällen eine Vindication gegen einen dritten Besitzer im guten Glauben durch unser neustes Statut ausgeschlossen ist.

Die Commentatoren zu diesem Statut gedenken dabei zwei Fälle, in denen selbst dann, wenn sonst die Vindication stattnehmig wäre, der Eigenthümer dem Besitzer den Ersatz dessen,

---

5) Nach der Fassung, welche das Ordel von 1270 XII, 6 (s. oben § 3) im neusten Statut IV, 35, 2 bekommen hat, ließe sich an der Beschreibung des Falls, wie sie im Text gegeben ist, zweifeln. Man wird aber wohl das „gestohlen" im neusten Statut nicht urgiren dürfen.

6) Es ist schon von Cropp Beitr. 2, 1, 46 bei Gelegenheit seiner Erörterung über die Unterschlagung gefundener Sachen (den s. g. Funddiebstahl) bemerkt worden, daß unser topisches Recht über den Fund keine allgemeine Bestimmungen enthält. Zuerst das neuste Statut giebt eine Bestimmung, welche nur auf eine verlorne Sache bezogen werden kann. Nämlich die Vorschrift über die dreijährige Ersitzung einer beweglichen Sache I, 21, 1. Der Actuar Müller († 1733) erinnert dazu (vgl. die neuste Ausg. des Statuts S. 104) der Artikel sei auf eine nicht diebliche Sache, die Jemand vom Eigenthümer im guten Glauben erlangt, und dieser mit seinem Willen aus seinem Gewahrsam (ex custodia sua) ließ, nicht anwendbar, weil der Besitzer schon durch II, 2, 7 vor aller Eviction sicher sei, und somit einer Usucapion nicht bedürfe. Der Art. 1 könne also nur auf eine verlorne Sache gehen, die entweder der Besitzer selbst gefunden, oder vom Finder erhalten habe.

was dieser für die Sache erlegte, leisten muß, um vindiciren zu können. Der eine Fall ist nach Bluhme, wenn Jemand von Feindestruppen oder fremden Räubern die Sache auslöste, und sich also als Geschäftsführer des Eigenthümers gerirte. Der andere nach Syndicus Möller und Schulte, wenn der arglose Besitzer sich die Sache unter der ausdrücklichen Verwahrung verschaffte, daß er sie, falls sie fremd sei, für den Eigenthümer gekauft haben, und diesem zurückstellen wolle.

Eine weitere Ausführung dieser Materie muß von den gegenwärtigen Vorträgen ausgeschlossen bleiben. Die vorstehenden allgemeinen Gesichtspunkte genügen, um vor einer freilich sehr verbreiteten, aber unrichtigen Anwendung alter Rechtsbegriffe auf die moderne Praxis zu warnen. Einer besondern Abhandlung müssen u. A. auch die Untersuchungen vorbehalten werden, ob es nach II, 8, 8 genügt, daß überhaupt ein Diebstahl Statt gefunden, oder speciell nachgewiesen werden muß, daß der Vindicant selbst der Bestohlene war[7]), ob ferner bei jedem Beklagten dem Vindicanten gegenüber ausser dem guten Titel oder der richtigen Ankunft auch der gute Glaube vorhanden sein, oder ob dies doppelte Requisit blos auf den Fall von II, 4, 2 beschränkt werden muß[8])?

Um schließlich den Zusammenhang zwischen den Statuten von 1497 und 1605 anzugeben, so scheinen mir durch das allgemeiner gewordene Studium des Römischen Rechts, welchem die Reichsgesetzgebung von 1497 besondere Geltung verschaffte, und welchem vielleicht unter anderen Gründen[9]) die Revision unseres Statuts von 1497 entgegenwirken sollte, die Ordele von 1270 sich allmälig dahin umgebildet zu haben, daß, was dort vom Recht der Gewehr galt, auf Besitz und Eigenthum, und zwar ohne Weiteres, vielleicht gar ohne Bewußtsein von

---

7) Was Gries 1, 207 desfalls bemerkt, bedarf jedenfalls der Berichtigung.

8) Wie Pöhls meint in den Rechtsfällen 3, 3, 58. Es ist dabei bemerkenswerth, daß auch die Glosse zu 1497 den guten Glauben nicht vom guten Titel unterscheidet, vgl. § 55 Anm. 2. Uebrigens s. auch § 64 Anm. 2.

9) Vgl. Lappenberg Vorr. zu den Hamb. R. A. S. CXVIII.

dem Unterschiede, übertragen, und das Princip der bona fides hinzugenommen wurde. Hier ging der Einfluß des fremden Rechts nicht so weit, daß dasselbe den Deutschen Rechtssatz verdrängte, und seine Vindication gegen jeden Besitzer geltend machte, sondern daß es die Deutsche Ansicht bis zur Unkenntlichkeit modificirte.

Es darf dabei nicht Wunder nehmen, daß der lebendige organische Zusammenhang einerseits in der Deutschen Lehre von der Gewehr, andrerseits in der Römischen Lehre von der Vindication für uns verloren gegangen, und nur ein starres, mumienartiges Absud von positiven Fragmenten zurückgeblieben ist, für welches eine innere Consequenz nachzuweisen oder zu ermitteln, als ein nutzloses und unrichtiges Bemühen betrachtet werden muß. Aber es scheint die Exegese und historische Kritik das Ergebniß herbeigeführt zu haben, daß bei uns die Vindication nicht blos da, wo man sich eines Eigenthums wirklich entäusserte, sondern wo man sonst eine bewegliche Sache einem Andern auch nur anvertraute, in der Regel wegfällt, sobald die Sache sich in dritten Händen factisch bereits befindet. Nachdem man sich übrigens den Stand des positiven Rechts klar gemacht hat, wird hier, wie auch sonst überall, die Legislation erleichtert, da sie weiß, worin von ihr Wandel zu schaffen ist. Auch für sie können daher unsere antiquarischen Betrachtungen nicht als werthlos angesehen werden.

§ 67.

Die Auflassungen im ältesten Stadterbebuch.

Nachdem die bisherige Exegese des alten Ordels IX, 21 (§ 49 ff.) uns die Ueberzeugung verschafft hat, daß man dem alten Germanischen Sachenrechte durch Unterschiebung des abstracten Begriffs von dominium ein fremdes und unzulässiges Substract giebt, wollen wir jetzt aus einer anderen Rechtsquelle, nämlich aus unserem ältesten Stadterbebuche, jene Ueberzeugung näher befestigen, und dazu die Bemerkungen des Herrn Dr. Reimarus (Zeitschr. unseres Vereins 1, 3, 438 ff.), so weit sie diesen Gegenstand betreffen, einer Prüfung unterziehen.

Zuerst ist hier die Frage aufzuwerfen, was für Rechte gab die alte Auflassung (Verlassung, Investitur, Resignation) des drei-

zehnten Jahrhunderts.[1]) ? Mit Recht unterscheidet sie Herr Dr. R. a. a. O. von unserer heutigen Verlassung, giebt aber die Unterschiede nicht vollständig an. Besonders für uns hier ist es erheblich, daß die alte Auflassung sich blos auf die Gewehr bezog, während unsere neuere Verlassung das dominium oder Theile desselben betrifft, weshalb auch unsere neueren Hypothekenbücher Eigenthumsbücher genannt werden, eine Bezeichnung, die die alten Acta nicht an sich tragen, so wie ihnen auch der Begriff selbst fremd ist.

Dagegen scheint Herr Dr. Reimarus ohne Weiteres es als ausgemacht anzunehmen, daß, wenn ein Grundstück, und nicht etwa Erbzins Gegenstand der Resignation war, sie das Eigenthum übertragen habe[2]). Er will sogar eine Stelle gefunden haben, wo das volle Eigenthum Desjenigen, auf welchen der Besitz eines Hauses übertragen worden, ausdrücklich anerkannt sei. So wie ich nun in der Resignation überhaupt nur die Einweisung in die Gewehr, die freiwillige Ueberlassung des Rechts der Gewehr, für welchen Begriff Detention oder sonstige in dem Römischen dominium enthaltene Rechte ausserwesentliche Merkmale waren, anzuerkennen vermag: so steht denn auch wirklich in der allegirten Stelle 92, 13 nichts von Eigenthum. Wigart Cat kauft von (contra[3])) Luderus Budel ein halbes Haus, läßt es sich vor dem Rath resigniren[4]), und nun folgen die Worte:

---

1) Uplaten ist dafür der Ausdruck unseres Statuts von 1270, I, 6. 14. 20. IV, 5. V, 3.

2) Er kann freilich für sein Postulat die bedeutendsten Autoritäten anführen. So bemerkt u. A. Eichhorn Privatr. § 174, sie habe das Eigenthum übertragen, wiewohl er hinzufügt, nur dann, wenn es der Veräusserer gehabt. So sagt auch Duncker das Gesammteigenthum S. 39 § 5, die gerichtliche Auflassung habe von jeher die Erwerbung des Eigenthums vermittelt, wiewohl er zugiebt, daß sich nach der besonderen Verabredung der Partheien ihre Wirkung modificirt habe. Uebrigens allegirt Letzterer S. 39 § 4 Anm. 3 die Stader Statuten II, 16, ohne ihrer Quelle, unserer von 1270 III, 16 (vgl. § 70) zu gedenken.

3) Vgl. oben § 62 Anm. 5 zu 1270 XII, 5, 2.

4) Hier und sehr häufig heißt es, N. N. kaufte das Grundstück, quam resignavit coram consulibus et recognoscit persolutam. Ich verstehe dies so, der Käufer ließ es sich resigniren, und bescheinigen, daß er den Kaufpreis bezahlt habe.

Et est integraliter sua praedicta domus. Er hatte also schon vorher die andere Hälfte, jetzt ist es ganz sein, sua wie das syn vgl. oben § 56, 1270 II, 1 sin erue, oder II, 2 des de wurde sint. Man wird wenigstens hier nicht den Beweis einer Eigenthums-Uebertragung finden können[5]).

Ferner macht Herr Dr. Reimarus mehrere Stellen namhaft, in denen das uneingeschränkte Dispositionsrecht hervorgehoben werden soll. Allein zu dieser Annahme einer Befugniß, welche sich auch auf die Substanz des Objects erstreckte, berechtigt in jenen Stellen Nichts. Eine Ehefrau resignirt 30, 14 ein Haus, in qua sedet Johannes Cloceko, ihrem Ehemanne taliter, quod potest ipsam bene vendere. Mit der Gewehr wird hier das Verkaufsrecht, also nicht einmal, wie anderswo das unbeschränkte Alienationsrecht übertragen. Vielmehr scheint der Zusatz in qua sedet etc. anzudeuten, daß ein Anderer die Benutzung des Hauses zur Wohnung[6]) behält, und wenn man andere Stellen vergleicht, welche noch sonstiger Veräusserungsarten ausdrücklich gedenken, so ist dem Ehemann nichts weiter eingeräumt, als eben nur die Befugniß, das Haus zu verkaufen. Pag. 51, 17 resignirt Frau Verburgis an Johannes von Lüneburg das Haus, worin er oder sie wohnt (man sieht nicht genau, wer), für 30 Solidi erblich taliter quod potest vendere cui sibi placet. Ich verstehe die Stelle so, daß sie ihm das Haus in Erbpacht überläßt, aber so, daß sie es verkaufen kann, wenn sie (sibi, nicht ei) will, er sich also für sich und seine Erben keinen Einspruch gegen die Person des Vermiethers herausnehmen darf. Ferner kauft 85, 1 ff. Heinrich Salesnake ein halbes Haus, quam potest vendere et impignorare[7]). Diese Formel kommt auch 82, 12

---

5) Ein Obstgarten (pomoerium vgl. Herrn Dr. R. S. 451 zu Anm. 16) wird 94, 9 ff. erblich geschenkt (dare vgl. 1270 XII, 5, 3 f. § 63) cum omni iure proprietatis, sicut suum fuerat, aber dieser Zusatz sicut ꝛc. scheint gerade zu bestätigen, daß mit dem omne ius ein bestimmter Rechtsbegriff nicht verbunden war.

6) Pag. 67, 4 wird ein Platz (area vgl. § 11 Anm. 1 f. oben S. 98) mit der Bedingung resignirt, daß man niemals ein Haus darauf bauen darf, ausser dem Hause, in dem er wohnen soll.

7) Dasselbe heißt 172, 8 vendere et ponere cuilibet, cui voluerit. Ponere für setzen, davon Satzung, auch 76, 23. — Pag. 338 Anm. ***)

und 17 vor, jedoch mit dem Zusatz, cui voluerit oder placuerit, dummodo primum exhibeat Demjenigen, an den der Käufer einen jährlichen Erbzins zu entrichten hat. Man sieht also, daß bei den Resignationen selbst das Recht des Verkaufs und der Satzung nur unter Beschränkungen dem Käufer übertragen wurde (vgl. auch den Fall 99, 18. 133, 18), so daß an ein unbeschränktes Proprietätsrecht gewiß nicht hier gedacht werden darf. So heißt es auch 84, 4 ff. von einem Erbe, das der Müller Johannes oder richtiger Johannes Müller (A. M. Herr Dr. Reimarus S. 460[8])), besitzt, es gehöre seiner Frau und seinen Söhnen, und er könne es ohne den Consens mehrerer namhaft gemachter Personen nec vendere nec impignorare (ebenso 182, 21), also noch viel weniger niederreissen, neu wieder aufbanen, oder sonst über die Substanz verfügen.

Eben so wenig kann eingeräumt werden, daß 41, 16 ein erblicher Besitz übertragen wird. Jemand resignirt dort einem Andern ein kleines Haus libere iure haereditario. Das libere werden wir weiterhin besprechen: es heißt frei von Erbzins. Mit Erbrecht bezeichnet man das Recht, es zu vererben, und wenn wir die zu 1270 IX, 21 (§ 54) ermittelte Alt-Germanische Rechtsregel festhalten, so wird durch die so modificirte Resignation der resignirte Anspruch speciell auf dies Recht restringirt, und das Recht des Verkaufs, der Satzung ꝛc. ausgeschlossen. Wenigstens ist von einem Besitz im Römischen Rechtssinne hier nicht, und ebenso nicht in den folgenden Absätzen die Rede, wo wir bis 78, 6 einer Reihe von Angaben begegnen, welche blos besagen, das Erbe, welches Jemand besitzt, est sua libera, ohne

---

kommt der sonderbare Fall vor, wo Jemand einem Dietrich Salegen ein Haus resignirt, von welchem dieser jährlich 28 Solidi geben soll, und ob defectum hurae et aedificii posuit dimidium hortum extra ciuitatem. Es scheint Salegen den halben Garten verpfändet zu haben, um für den Fall, daß die Hauer des Hauses nicht eingehen, oder für die Reparatur desselben verwandt werden sollte, dem Resignanten zur Sicherheit zu dienen für die jährliche Zahlung der 28 Solidi.

8) Ich behalte mir den Versuch vor, diese Ansicht des Herrn Dr. Reimarus in einem Vortrage über Servituten nach Hamburgischem Rechte zu widerlegen, welchen ich für einen etwanigen dritten Band meiner Vorträge bereits ausgearbeitet habe.

daß eine Resignation dabei angemerkt wäre. Man erkennt überhaupt in diesem ältesten Stadterbebuche viel Willkühr beim Niederschreiben, was sich nach den Ansichten des Schreibers und ebenso sehr nach den Wünschen und Bedürfnissen der Partheien gerichtet haben wird.

Auch darin muß ich Herrn Dr. Reimarus widersprechen, wenn er in den eben erwähnten Stellen von 77, 2 bis 78, 6 in dem haereditas libera die Anerkennung des freien Eigenthums des Besitzers findet. Ich habe schon bemerkt, daß der Ausdruck nichts weiter bezeichnet, als frei von Erbzins, wir würden sagen unbeschwert. So kommt er oft vor, z. B. 83, 3 und sonst. Ebenso das vry in 1270 II, 1. IX, 19. Vgl. Herrn Dr. Reimarus selbst S. 452.

Dagegen enthält 183, 18 ff. eine Resignation, mittelst der Jemand seinem Schwiegersohn ein Haus überläßt sub hac forma, daß der Schwiegervater lebenslänglich die Einkünfte des Hauses bezieht, und das Bauen und Bessern übernimmt, nach dessen Tode aber dessen nächste Verwandte es bekommen sollen. Diese Resignation überträgt doch gewiß kein Eigenthum. Das Recht der Gewehr gab hier nur ein Personal-Servitut, wie wir es nennen würden, wie aber der rechtliche Begriff derselben als Gegensatz des Eigenthums unseren Vorfahren unbekannt war. Selbst das Recht, das Haus zu verpfänden, war precär, da Niemand in ein so verclausulirtes Grundstück Geld hineingegeben haben wird. Durch die Veräusserung des Rechts der Gewehr aber verlor der Schwiegervater zugleich mit demselben die Dispositionsbefugniß, ohne daß aus diesen Momenten sich ein Eigenthumsrecht zusammensetzen, oder als Gegenstand und Wirkung der Verlassung betrachten läßt.

Ferner kann ich nicht zugeben, daß 59, 14 ein vorletzter Besitzer genannt wird. Wenn domus et litus dort resignirt wird, quod fuit Nicolai Wekenweric, so bleibt damit unbestimmt, welche Eigenthumsrechte dieser daran gehabt haben mag. Herr Dr. R. citirt selbst mehrere Stellen, wo ausdrücklich gesagt wird, man wolle nicht mehr Rechte übertragen, als man selbst gehabt. So wird 13, 17 tota haereditas sua resignirt, ut tali conditione possideant, sicut ipse possedit a domino N. So resignirt 68, 18 Jemand domum suam et curiam, ita sicut ipsemet ipse de Sancto

Spiritu habuit longo tempore. Dieser ausdrückliche Zusatz bekommt nur dann eine rechtliche Bedeutsamkeit, wenn man erwägt, daß ursprünglich die Resignationen häufig Rechte hervorgehoben haben, die der Resignirende zwar wohl ausgeübt, aber nicht speciell anders erworben haben mag, als sofern das Recht der Gewehr sie in sich factisch einschloß, und Niemand widersprach oder sonst sich widersetzte.

Herr Dr. R. wird es übrigens nicht misdeuten, wenn seine Aeusserungen hier mit einer juristischen Schärfe aufgefaßt sind, wie er sie vielleicht selbst nicht gemeint hat. Es war aber darum zu thun, nachzuweisen, daß der Zweck der Resignationen nichts weniger als die volle Uebertragung eines dominium im Römisch-technischen Sinne gewesen ist.

§ 68.

Fortsetzung.

Um uns noch mehr davon zu überzeugen, daß unseren Vorfahren der Begriff des Eigenthums und überhaupt eines eigentlichen exclusiven Realrechts nicht zum vollen Rechtsbewußtsein gekommen ist, und daher auch ihre Verlassungen sich keineswegs auf Realrechte beschränkt haben, wollen wir aus dem vorliegenden liber resignationum noch mancherlei Belege sammeln.

Die Brücke, welche über das Fleth der Söhne des Herrn Heinrich Bodo geht, wird 77, 10 als ihr liber transitus resignirt, quem possunt tegere si volunt. Man wird hier in der Bestimmung an sich kein Realrecht, geschweige denn eins in Beziehung auf das Eigenthum, finden können, wenn man sich nicht eine willkührliche Supposition erlauben will. Nicht einmal das Alienationsrecht wird den Söhnen eingeräumt, nichts weiter als die persönliche Vergünstigung, die Brücke zu bedecken und zu passiren.

Heinrich Müller (vgl. § 67 Johannes Müller) verkauft und resignirt 8, 20 unter anderen Gegenständen[1]) medietatem curiae suae, die Mitte oder etwa die Hälfte seines Hofes, wo es somit völlig unbestimmt gelassen wird, ob hier der bloße Gebrauch,

---

1) Namentlich auch unum pedem v i g e. Dies steht für viae, wie Herr Dr. R. S. 433 meint.

die Benutzung, und zwar als Reale oder Personal-Servitut, oder welche Eigenthumsrechte sonst gemeint sind. Nur das dürfte hier in der Natur des Gegenstandes liegen, daß seiner Auffassung das Bewußtsein eines eigentlichen und vollkommenen Eigenthums nicht zum Grunde gelegen hat.

Pag. 338 Not.**) findet sich der sonderbare Fall, daß Jemand sein Erbe einem Andern resignirt, diese Resignation aber darum delirt wird, weil der Resignirende das Haus, das er gemiethet hatte, nicht beziehen kann. Nur dann kann dieser Fall einigermaaßen einen Sinn haben, wenn man annimmt, der resignirende Lambertus habe das Haus zum Bewohnen resignirt. Solche Resignationen kommen öfter vor, namentlich 85, 11 ff.,[2]) wonach Herr Dr. R. zu berichtigen ist, wenn er meint, bei der Ueberlassung zur Miethe finde sich keine Resignation (S. 439). Im Gegentheil möchte ich meinen, daß wenn 9, 8. 11 und häufig sowohl bei Jahres- als bei Erbpacht der Resignation nicht ausdrücklich gedacht wird, diese füglich vorausgesetzt werden kann. Wenigstens wüßte ich keinen haltbaren Grund dagegen. Auch das assignare 74. 75. 76. 168, 17, das dare 94, 9. 150, 25, das conferre 88, 1, das porrigere 97, 15 scheinen mir nur verschiedene Wendungen zu sein, womit theils die Resignationen selbst, theils die denselben vorangegangenen Rechtsgeschäfte bezeichnet werden. Namentlich läßt sich 150, 25 das dare von einer Schenkung verstehen. Denn es heißt ausdrücklich Jemand gab seinem Schwiegersohn das halbe Erbe, in dem dieser gewohnt, und die andere Hälfte habe der Schwiegervater von ihm gekauft. Wenn nämlich freilich unser ältestes Statut von 1270 I, 6 nur für den Verkauf eines Erbes die Auflassung vorschreibt, so wird es gewiß auch schon damals rathsam und unter Umständen selbst nothwendig erachtet, also vorgekommen sein, ein Erbe, das man schenkte, ebenfalls zu resigniren.

Auch 187, 6 ff. kommt es vor, daß Werner Niger (Schwarz) dem Gerwin Beneken domus unius aedificia resignirt, welches Haus (nachher heißt es eadem ista aedificia, also nur als Abwechselung im Ausdruck zu nehmen; wir würden sagen, die Baulichkeiten, die

---

2) Vgl. auch oben § 67 Anm. 7.

Lokalitäten eines Hauses) Gerwin sechs Jahre, nämlich von 1273 an, possidebit, nach deren Ablauf will Johannes Holdenstedt die Gebäude nach einer von Sachverständigen zu ermittelnden Schätzung kaufen.

Dagegen ist der Fall vom J. 1268 zu erwähnen, 134, 5 ff., wo mehrere Personen eine Schleuse im Rödigersmarkt (sic) super talem proprietatem, sicut habent in veteri molendino, in der Art übernehmen, daß quicumque possidet ipsam proprietatem, die Schleuse behalten soll, und keine vara (vgl. über den Ausdruck meine Vorträge 1. 1, 208 ff.) von den umliegenden Erben haben, sie aber die Reparatur besorgen sollen, wenn an der Schleuse Etwas schadhaft wird. Die Schleuse selbst darf Niemand supertrahere, ohne Consens Desjenigen, cuius est molendinum. Hier wird also von dem Besitz einer Proprietät an einer Mühle in so unbestimmten Ausdrücken gesprochen, daß sich das Bewußtsein eines vollen dominium schwerlich erkennen läßt. Dabei ist es bemerkenswerth, daß das zweite Mal, wo proprietatem steht, haereditatem ebenfalls stand, aber gestrichen ist, so daß man freilich annehmen könnte, es sei zwischen diesen Ausdrücken ein Unterschied gemacht worden, wiewohl man dadurch wieder auf die Frage geführt würde, was für ein Unterschied dies gewesen, wenn man nicht darauf zurückgeht, daß diese Begriffe nicht zum Rechtsbewußtsein durchgedrungen waren, und somit der Gebrauch einer so ausgebildeten Rechtssprache, als die Römische, allerlei Zweifel auftauchen lassen mußte.

Daß haereditas auch die Erbschaft bezeichnet, läßt sich in mehreren Stellen des lib. resign. nicht bezweifeln, selbst nicht 12, 15, wo ein Vater seinem Sohne omnia giebt, quae ei tenetur de patrimonio et de sua haereditate, mit dem Hinzufügen, amplius nihil extorquebit. Er theilt ihn von Väterlichem und Mütterlichem ab, jenes ist patrimonium, dies, weil die Mutter verstorben ist, und weil dat Kind ervet up sine moder 1270 III, 12, 1, sua haereditas. Diese gänzliche Abtheilung heißt 1270 III, 2. 11 utgesunderet, III, 17 uthgesunderget, uthgeuen mit beschedeme gude III, 4, schicht vnde scheden III, 12, geschicht vnde gedelet III, 15. 17 (vgl. oben § 51).

Indessen bei Weitem häufiger wird es von einem Grundstücke gebraucht, wie unser heutiges Erbe auch schon im Statut

von 1270 vorkommt (vgl. § 55). Man wird aber nirgends nachweisen können, daß unter dem Ausdruck ein Complex von verschiedenen Rechten, eine universitas, wie sie das Römische Eigenthum begreift, oder auch nur eines oder mehrere im Eigenthum enthaltene Rechte vom Eigenthum bestimmt abgesondert verstanden worden. Im Statut von 1270 IX, 11 ist die einzige Stelle, wo erve unde eigen vorkommt [3]); allein man wird auch da nicht zugeben können, daß unter diesem Ausdruck das volle Eigenthum umfaßt worden [4]). Der Ausdruck haereditas setzt nicht einmal durchweg das Vererbungsrecht voraus. So wie 1270 I, 20 ein

---

3) Ausserdem auch im Statut von 1497 J, 30 (vgl. die Stelle unten § 74). — Es ist wohl bisher das Wort eigen im Deutschen Rechte zu strenge als eigentlicher Kunstausdruck behandelt worden. Wie wenig ihm der Begriff, den man ihm jetzt dort unterlegt, ausschließlich zukommt, mag u. A. die Stelle in den Bremer Statuten von 1428 III, 21 (p. Oelr. 374) beweisen: Unde spreke de varende have de in den weren is de si sin echtelike eghen. Ueberhaupt kann man in den älteren Germanischen Rechtsurkunden nicht behutsam genug in der Annahme einer bestimmten Kunstsprache sein. Die Behandlung derselben nach der Art, wie man einmal sich bei dem ausgebildeten Römischen Recht daran gewöhnt hat, ist gewiß ungeeignet.

4) In dieser Beziehung ist auch Pauli Abh. aus dem Lüb. R. 1, 16 ff. zu berichtigen, und eben so wenig läßt sich ihm beipflichten, wenn er 2, 136 ff. in den Ausdrücken eines von ihm citirten Testaments von 1373 die Ausdrücke proprietas und dominium im Römischen Rechtssinne distinguirt. Vgl. Duncker das Gesammteigenthum (1843) S. 29. Mir scheint auch eine Resignation im ältesten Stadterbebuche darzuthun, daß Ausdrücke der Art gewiß nicht das Römische Eigenthum bezeichnen. Wenn es nämlich p. 157, 25 heißt: Heinrich Barefeld muß erklären (fatetur), er habe ausserhalb der Mauer seines steinernen Hauses nihil proprii, so würde ein solches gezwungenes Bekenntniß bei der Annahme Römischen Eigenthums ziemlich absurd erscheinen. Nimmt man an, es sei die Erklärung, er habe ausserhalb der fraglichen Mauer an keinem Gegenstande das Recht der Gewehr, so würde dies theils der Auffassung entsprechen, daß man bei dem Recht der Gewehr weder immer eine lokale Beziehung noch eine Detention (§ 51) annehmen darf, theils das Unbegreifliche der Resignation in so fern vermindern, als der gerichtlich ausgesprochene Verzicht auf das Recht der Gewehr ausserhalb der fraglichen Mauer dem Recht der Gewalt Gränzen zog, die Vielen erwünscht sein konnten.

Erue vorkommt (§ 41), das der Mann nicht allein auflassen darf, so wird lib. resign. 171, 15 ff. eine haereditas resignirt, welche einer Werner, der darin wohnt [5]), sieben Jahre behalten soll (obtinebit), nach deren Verlauf Derjenige Johannes von Oldenstede, dem sie resignirt ist, domum, quae supra dictam haereditatem stat, emet si placuerit eidem. Wie hier haereditas den Grund bezeichnet, ohne irgend besondere Eigenthumsrechte zu unterscheiden, so auch an den Stellen, wo es so vorkommt 1, 4 domum lapideam et haereditatem, 91, 9. 127, 16. 178, 15, 19 haereditatem et domum, wo wir etwa sagen würden Platz mit darauf stehendem Gebäude, oder 172, 21 dimidiam haer. ante domum eius sitam, 139, 4 dimidiam domum et dimidiam haer., 153, 13 haereditatem duarum domorum (ein Erbe bestehend aus zwei Häusern, oder wozu zwei Häuser gehören), 139, 4 dimidiam domum et dimidiam haer., 187, 2 dimidiam haer. et dimidium litus [6]).

Hier verdient noch hervorgehoben zu werden, daß eine solche h. 19, 5 verkauft, und dann noch quod residuum fuit vergeben wird. So wie ferner 13, 15 tota h. resignirt wird, und 138, 20 eine h., die aus drei Häusern und einem Platz (area etwa das solum der klassischen Latinität s. oben § 12 Anm. 1) besteht, so finden sich durchgängig Resignationen auch von halben Erben. Ja 19, 11 wird eine haereditas resignirt in tertia parte duarum domorum. Herr Dr. Reimarus hat S. 448 die Stellen gesammelt, wo Häuser in zwei bis zehn Theile getheilt vorkommen, von denen ein einzelner Theil resignirt wird. Vgl. Stat. Gosl. 24, 6. 11. 19. 29. 27, 41. Auch Gärten werden getheilt resignirt, vgl. unseren lib. resign. 158, 7 und Herrn Dr. Reim. S. 451. So auch der vierte Theil des Platzes von einem Hause, das Jemand bewohnt 44, 17. Ja es wird die media pars eines Hauses resignirt 144, 7, ferner 50, 19 fünf Fuß auf einem Hofe bis an das oder bei dem Privet (ad privatam), ferner

---

5) Daß Jemand in einer haereditas wohnt, kommt öfter vor 174, 14.

6) Wegen litus vgl. Herrn Dr. R. S. 452, womit aber 81, 13 quarta pars de litore zu vergleichen, so wie der Ausdruck 19, 27 litus ad aquam, und die interessante Resignation 43, 24 ff., wo zwei Kornspeicher hinter dem litus, bis an die Pfähle, so wie es gepfählt ist, von der Stadt resignirt werden.

53, 11 ein Laden (tabernaculum vgl. Herrn Dr. R. S. 450) im Hause, der infernus genannt wird, und wenn man in der dimidia domus wohnt 144, 13, wenn 13, 5 eine tertia pars domus cum omnibus attinentiis vorkommt, und wenn, falls man 20, 22. 24 und 26 drei Resignationen mit einander verbinden darf, dem Schmid Riscekin das dritte Viertel eines Hauses von Einem, das vierte von einem Andern, und der halbe Platz von einem Dritten resignirt wird[7]): so sieht man daraus, wie Herr Dr. R. S. 448 mit Recht bemerkt, daß hier nicht von idealen Theilen die Rede sein kann. Muß man freilich dabei die damalige Bauart der Häuser berücksichtigen, wonach die Resignation eines Zehntels möglich war, ohne die Disponenten der übrigen neun zu fragen: so ist doch so viel mindestens auffer Zweifel, daß nicht das volle Eigenthum mit der Verfügung über die Substanz Gegenstand dieser Resignationen gewesen sein kann.

Ebenso wenig läßt sich dies bei der Resignation des vierten Theils einer Schute (scuta, einer Art Schiffe)[8]) 175, 21 annehmen.

Die Formel, Jemand vermiethet sein Erbe an Häusern oder an Gärten, er verkauft Erbzins an seinem Erbe (vgl. § 15), hat also ihren bestimmten Sinn, und bestätigt nur, daß man ein Recht hat, ein Grundstück ganz oder theilweise zu vermiethen, zu verpfänden, wie man es ganz oder den einzelnen Theil kaufen und vererben darf.

Jetzt läßt sich auch die modernere Controverse unseres topischen Rechts[9]), ob das Eigenthum eines Erbes nur durch die öffentliche Verlassung und Einschreibung im Stadt-Erbebuche erlangt werde, für den Standpunkt des älteren Rechts zuverlässiger entscheiden. Bekanntlich hat Matthäus Schlüter von den Erben Th. 4 Tit. 10 es als einen, freilich in Hamburg allgemein herrschenden Irrthum bezeichnet, die Frage zu

---

7) Herr Dr. R. S. 448 scheint mir dies zu künstlich zu berechnen.

8) Der canis, den Sibrand und Frau lebenswierig benutzen sollen, oder die Wahl haben, unten am Tische des Priesters vom Heiligen Geiste zu speisen, 29, 4, ist kein Hund, wie Herr Dr. R. S. 450 übersetzt, sondern ein Kahn.

9) Vgl. darüber auch Gries Comm. 1, 249 ff., der jedoch das Verhältniß der Gewehr nicht gehörig in Anschlag bringt.

bejahen, und gesucht nachzuweisen, daß man der Eigenthümer eines Erbes sein könne, wenn es auch nicht aufgelassen und zugeschrieben sei. Es muß nach altem Rechte distinguirt werden. Durch die öffentliche Verlassung wurden, wenn ein voriger Gewehrsberechtigter oder wer sich als solcher gerirte[10]), sein Gewehrrecht an dem Erbe aufgeben sollte, die Rechte bestimmt, die er damit ablassen wollte. Die Umstände, welche bei der Einschreibung erwähnt wurden, bestimmten den Willen des neuen Gewehrsberechtigten, in welcher Ausdehnung er das Recht geltend machen wollte. Es konnte dies aber auch auf andere Art auffer Zweifel gesetzt werden, z. B. durch Erbfall, unvordenkliche Gewehr ꝛc. Die öffentliche Verlassung war allerdings die sicherste Art, die Rechtsverhältnisse an einem Erbe festzustellen; sie war jedoch nicht die einzige und ausschließliche.

§ 69.

IV. Das angebliche Gesammteigenthum.

Erst nach allen diesen Erörterungen darf ich mit historischer Entschiedenheit die Behauptung wiederholen, daß unseren Vorfahren der Begriff des Römischen Eigenthums unbekannt geblieben ist[1]). Wir werden uns jetzt zu der Frage wenden können, ob sie ein Gesammt-Eigenthum gehabt haben.

---

10) In dem ältesten Stadt-Erbebuche findet sich häufig der Fall, daß Erben und Erbzinsen resignirt werden, welche vorher in dem Buche gar nicht erwähnt sind. Darauf bezieht es sich, wenn in der Vorschrift, die zuerst 1292 D, 6 vorkommt, und dann wieder 1497 H, 4 (vgl. dazu die Glosse), endlich auch 1605 II, 1, 6 (wo die Commentatoren für die Weglassung, Schlüter a. a. O. für die Beibehaltung des Art. sind) es hypothetisch gestellt wird, daß, falls Erben oder Erbzins Jemandem im Stadtbuch zugeschrieben stehen, Niemand sie verlassen, verkaufen oder verändern dürfe, als vor dem Rathe.

1) Es verdient hier vielleicht Erwähnung, daß sowohl Gajus l. 2 D. de superf. (43, 18) als Ulpian l. 50 D. ad l. Aquil. (9, 2), den Satz, daß dem Eigenthümer des Bodens stets auch das darauf stehende Gebäude gehört, als in demjenigen Recht gegründet betrachten, das bei allen Völkern (ius naturale, ius gentium) anerkannt wird. Einem Römischen Juristen würde es allerdings schwer werden, sich in der Auffassungsweise unserer Vorfahren zu orientiren.

Bei den älteren Germanisten findet sich nämlich die Ansicht verbreitet, daß sich im Deutschen Rechte statt des Römischen condominium pro indiviso, wo einem jeden Berechtigten statt eines körperlichen oder reellen ein unkörperlicher, ideeller, oder, wie man nach l. 5 D. de stipul. serv. (45, 3) zu sagen pflegt, ein intellectueller gleicher oder ungleicher Antheil am Ganzen der Sache zusteht, ein Gesammt-Eigenthum finde, wo dem Einzelnen weder ein solcher ideeller noch ein reeller Theil zugestanden hätte, und er nur in der Concurrenz mit den übrigen Berechtigen Rechte an der Sache habe ausüben oder benutzen können.

Als solche Rechtsverhältnisse, für deren Grundlage dieses Gesammteigenthum galt, findet man [2]) aufgeführt die Vergabungen von Todeswegen, mittelst welcher Jemand ein einzelnes Grundstück oder später auch das ganze Vermögen einem Andern zusicherte, die gemeinschaftliche Belehnung mehrerer Brüder (zu gesammter Hand), die Rechte der Familienmitglieder am Stammgute, die Erbverbrüderung oder den Vertrag, wodurch sich mehrere Familien oder verschiedene Linien derselben Familie ihre Güter für den Fall des Aussterbens der einen zusichern, die Ganerbschaft, eine Vereinigung zur gemeinschaftlichen Benutzung und Vertheidigung einer Burg oder sonst eines Vermögensobjects, die Markgenossenschaft oder die Verhältnisse der Markgenossen zu der Mark, der Allmende, dem unbebauten Lande ihrer Gemeinde, und endlich die eheliche Gütergemeinschaft. Von diesen Verhältnissen haben nur die statutarische Gütergemeinschaft der Eheleute, das Recht der Familie an Erbgütern, und die Markgenossenschaft für uns Interesse.

---

2) Man vergleiche über das Folgende die wichtige Monographie von Ludwig Duncker, das Gesammteigenthum, Marburg 1843, 8, besonders auch für uns Hamburger interessant wegen der S. 218 ff. folgenden Kritik der von Cropp aufgestellten Ansicht von der Hamburgischen ehelichen Gütergemeinschaft, in der Duncker das Alleineigenthum des Mannes und nur ein eventuelles Recht der Frau erkennt, und somit die von Sarauw in specieller Hinsicht auf das Lübische Recht vertheidigte Auffassung billigt. Welche Modificationen die Lehre von unserer ehelichen Gütergemeinschaft durch unsere Aufschlüsse über Gewehr und Eigenthum erleidet, muß bei einer anderen Gelegenheit zu entwickeln vorbehalten werden.

Seit Hasse's Revision der Theorie von der ehelichen Gütergemeinschaft 1808 ward diese Ansicht dadurch verdrängt, daß man sie für eine Unmöglichkeit, und den Begriff des Römischen Miteigenthums als den in sich allein logisch denkbaren erklärte [3]).

Die Hassesche Reform machte sich bei den Germanisten mehr oder weniger entschieden geltend. Beseler in seinem Werke über Erbverträge nahm jedoch zuerst die alte Theorie wieder in Schutz, und seitdem gehört die Materie zu den unentschiedenen Controversen, welcher in neuster Zeit (1846) Herr Geh. Hofrath Schloifer in Oldenburg durch eine sehr scharfsinnige Abhandlung im Oldenburger Archiv Bd. 3 H. 2 S. 154 ff. in so fern eine neue Seite abgewonnen hat, als er nachzuweisen versuchte, daß sich die drei Rechte, welche der Römer dem Miteigenthümer über dessen intellectuellen Theil beilegt, nämlich das Recht der Veräusserung und der Vererbung dieser ideellen Quote, so wie das Recht auf Theilung zu dringen, auch da denken lassen, wo man keine solche bestimmte intellectuelle, sondern nur nach der Zahl der Theilnehmer sich richtende, veränderliche, gleichsam elastische, Quoten annimmt.

Der Verf. schließt diese beherzigungswerthe Erörterung mit der Bemerkung, er wolle es nicht untersuchen, ob sich im Deutschen Rechte solche Genossenschaften finden, bei denen man den Begriff des Römischen Rechts vom Miteigenthum entweder ganz fallen lassen, oder erheblich modificiren müsse.

Ich erlaube mir hier anzuknüpfen, und den Faden meiner bisherigen übrigens zunächst nur historischen Erforschungen des Alt-Hamburgischen Rechts wieder aufzunehmen. Ich hoffe nachgewiesen zu haben, daß unseren Vorfahren der Begriff des dominium als einer juristischen Totalität, und besonders in Hinsicht auf die Herrschaft über die Sache ihrer Substanz nach fremd gewesen ist. Die Schwierigkeiten, die für Theorie und Praxis aus dieser Totalitäts-Abstraction bei der Concurrenz mehrerer gemeinschaftlicher Theilnehmer der Totalität entstehen müssen [4]),

---

3) Vgl. auch Th. Berck über das Bremische Güterrecht der Ehegatten, Bremen 1832, 8. S. 11 Anm. 18 c.

4) Daß die Schwierigkeiten auch von den Römischen Juristen in diesen abstracten Begriffen von Besitz und Eigenthum gefunden wurden,

fielen schon darum für unsere Vorfahren hinweg. In den meisten Fällen beschränkte sich die Gemeinschaft auf die Benutzung oder auf eine partielle Proprietätbefugniß, nicht einer ideellen Quote, sondern entweder des ganzen Grundstücks oder eines reellen, palpabeln Stückes desselben. Wir haben davon im ältesten Resignationenbuche bereits viele Beispiele nachgewiesen. Beiläufig kann ich zu diesen nicht den Fall rechnen, wo 99, 7 Diedrich Bulle von den Rathmännern für drei Mark Silbers erblich drei Fach Fenster nach der Trostbrücke hinaus acquirirt, was eine Beschränkung des dem Nachbar zustehenden Fenster- oder Lichtrechts gewesen zu sein scheint, und nur aus dem Gesichtspunkt des Rechts der Gewehr, was Bulle an den Fenstern erwarb, seine einfache Verständigung bekannt, weshalb denn auch das besonders Singuläre wegfällt, was Herr Dr. R. S. 450 darin gefunden hat.

Da, wo jedoch reelle Stücke nicht bei einer Gemeinschaft, in der mehrere Personen in Beziehung zu einer Sache unter einander standen, vorhanden waren, da regulirten sich die Rechtsverhältnisse unter den Genossen auf eine Weise, die wir jetzt näher untersuchen wollen, wobei wir aber wiederum ganz und gar von dem Römischen Eigenthum, Miteigenthum, Besitz, und überhaupt vom Römischen Recht abstrahiren müssen, um ein einigermaaßen zuverlässiges historisches Resultat zu erzielen, das sich vielleicht auch für andere noch wenig aufgeklärte Bestimmungen unseres alten Hamburgischen Rechts über die vorhin (im Anfang dieses §) berührten Rechtsverhältnisse fruchtbar benutzen läßt, wenigstens aber die Ueberzeugung befestigen wird, wie unendlich schwierig die geschichtlich wahre Auffassung der alten Germanischen Rechte für Juristen ist, welche lediglich durch das Römische Recht ihre Bildung erhalten haben, und eine Uebung in der gänzlichen

---

beweisen Ulzian l. 5 § 15 D. commodati (13, 6), indem er sagt: Celsus ait, duorum quidem insolidum dominium vel possessionem esse non posse, und Paulus l. 3 § 5 D. de a. v. a. p. (41, 2): Plures eandem rem in solidum possidere non possunt, contra naturam quippe est, ut quum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris. Von dieser Detention und ihren rechtlichen Consequenzen muß nun aber bei der Germanischen Gewehr durchaus abstrahirt werden.

Abstrahirung von dieser Römischen Grundlage ihrer Rechtsauffassung verschmähen oder geringachten.

§ 70.

Fortsetzung.

Wir wollen hier zuvörderst ein altes merkwürdiges Ordel voraufgehen lassen, welches von den Verhältnissen mehrerer Genossen während der Dauer und des Bestehens ihrer Gemeinschaft handelt. Duncker das Gesammteigenthum S. 39 dürfte wohl den eigentlichen Sinn dieses Ordels, wozu er im Sachsenspiegel die Quelle zu finden scheint, und das Stader Statut erwähnt, ohne des unsrigen, der Quelle des Stader, zu gedenken, verfehlt haben, da er es blos allegirt, um seine Behauptung zu rechtfertigen, daß auch nach Deutschem Rechte die Gemeinschaft keine andere Folge gehabt habe, als die gleichmäßige Theilnahme der Genossen an Gewinn und Verlust. Von Sydow Erbrecht S. 116 und 319 gedenkt zweimal desselben Ordels, von dem er allerdings die Hamburger Quelle nicht verschweigt; allein auch er findet darin nichts weiter als die gewöhnlichen Grundsätze über Societät, welche schon aus deren allgemeinem Wesen folgten. Um diese Ansichten zu prüfen, wollen wir erst eine kritische Herstellung des ältesten richtigen Textes unseres Hamburgischen Ordels von 1270 III, 16, versuchen. Ich lese es fast ganz wie Lappenberg, und zwar so:

Hebbet sustere vnde brodere ofte kumpane ere gud to samende, vnde wynnet se wat, dat is erer aller vrome, vnde vorlesset se wat, dat is erer aller schade. Vnde wolde erer een den anderen schuldegen vmme den wyn des gudes, he schal eme schult geuen sunder tuch. Vnde de audere schall vihleggen wat he wil, vnde darto sweren, dat he eme dat syn is al gegeuen hebbe: it ne were also, dat erer welk wat vordan hadde mit vnnutter kost ofte mit vnkuscheit, ofte vordobeld, vnde me eme dat bewisen moge mit guden luden, dat schal he allene gelden: it ne were also, dat se mede plichtet hadden.

Ebenso kommt es auch vor 1292 H, 20, 1497 E, 7. (wenn es 1292 uentschup heißt, so wird dafür das 1497 sich findende

wyndeschup, wofür das Stader und Rigaer Statut Kumpanescap haben, was wiederum mit dem Lübischen van erer selschop wegen correspondirt, gelesen werden müssen) Stad. II, 16 (Puf. I app. p. 183 oder nach der von Duncker benutzten Ausgabe Senckenb. Selecta iuris Tom. 6 p. 308) Rig. 42 (Puf. III app. p. 238) Lub. Cod. Hach. IV, 16. Das Ordel liegt offenbar den beiden Artikeln unseres neusten Statuts zum Grunde II, 10, 1 und 13. Ebenso wenig läßt es sich verkennen, daß es mit Sachsensp. 1, 12 zusammentrifft, wo die Vorschrift einer von den, dem ursprünglichen Repkowischen Text zwar fremden, aber von Homeyer als schon dem dreizehnten Jahrhundert angehörig anerkannten Zusätzen ist.

Ich wage anzunehmen, daß das alte Ordel in unserem Statut von 1270 in seiner ursprünglichsten Gestalt aufbewahrt ist. Die Nichterwähnung der Schwestern, der generelle Ausdruck andere lüde für unser kumpane, der erläuternde Zusatz zu dem Gewinne, oder, wie der Ausdruck im Sachsenspiegel ist, verboget se dat, mit irer kost oder mit irme deneste, die Weglassung der ganz charakteristischen Bestimmung über das Verfahren, welches ein Genosse gegen den andern beobachten soll, und welches man keineswegs nothwendig als ein gerichtliches ansehen darf, wie denn dies schon der Ausdruck schuldegen für Klage oder Fordern (vorderen) beweist; endlich der unserem Ordele fremde Zwischensatz svat auer en man mit sinem wiue nimt, des ne delt he mit sinem brudere nicht scheinen mir den jüngeren Ursprung der Gestalt des Ordels im Sachsenspiegel zu verrathen. Was die Gestalt im Lübischen Rechte betrifft, so wissen wir aus Hachs Einleitung S. 140, daß der zweite Brokesche Codex, aus welchem sie entnommen ist, nicht vor 1416 entstanden sein kann, und bestätigt sich der jüngere Ursprung namentlich aus dem Worte, das dort gebraucht ist, horerie, wofür unsere Form den ohnehin unserem alten Statut viel angemesseneren sittsameren Ausdruck vnkuscheit hat, wie denn die Fassung des ganzen Ordels berichtigend zu sein scheint.

Es entsteht freilich namentlich die Frage, wie es gekommen sein mag, daß dem Cod. Hach. III, der sonst unser altes Statut von 1270 mit großer Genauigkeit aufgenommen hat, unter einigen

wenigen anderen Artikeln auch unser Ordel fehlt. Allein ich weiß darauf keine genügende Antwort zu finden, und ebenso wenig einen Grund, warum dieser Umstand bei unserer gegenwärtigen Forschung in Betracht gezogen werden müßte.

Dagegen scheint es mir unstreitig, daß in unserem Ordel die generellen und fast trivial aussehenden Bestimmungen, welche Duncker und von Sydow darin angetroffen haben, nicht gesucht werden können. Es wäre sonst unbegreiflich, warum sich das Ordel in unser altes Statut verirrt haben sollte, von dem wir es als ganz unzweifelhaft annehmen können, daß es gesammelt ist, nicht um allgemeine Grundsätze oder gar Römisches Recht zu bestätigen, sondern dem eigentlich und anerkannt nationalen Recht seine Geltung zu erhalten [1]).

Auch bin ich nicht der Meinung, daß das Ordel eine Bestimmung über die gleichmäßigen Theile der Genossen an Gewinn und Verlust enthalten hat, und hat enthalten sollen. Freilich ist die Aufschrift in dem Statut von 1270: van gude dat to samende is in kumpanye gelik; allein wir wissen, daß diese Aufschriften jüngeren Ursprungs sind, und dagegen lauten die Inhaltsangaben 1292 (vgl. Lapp. S. 94): Scult van kumpanie mach man nicht tugen, und 1497 (vgl. Lapp. S. 174), wo die Vorschrift in dem Stücke van allerhande bewise steht: wo selschoppes lude sick der winste moghen myt eeden entleggben.

Vergleicht man nun den Sachsenspiegel, so ergiebt sich das Charakteristische dieser altnationalen Bestimmungen dahin: Wenn Schwestern, Brüder oder Gesellschafter (Kumpane vgl. § 57) ihr Vermögen gemeinschaftlich haben, so kommt es nicht in Betracht, wer dazu seine Dienste hergiebt, vielmehr trifft Gewinn und Verlust Alle, ohne daß eine allgemeine Regel aufzustellen wäre, wonach die Antheile alle gleich wären, weil dies von anderen Umständen abhängt, und sich nach den Verabredungen richtet. Behauptet aber ein Genosse, der andere sei ihm noch

---

1) Ueberhaupt scheint es mir bei einer Sammlung, wie unser Statut von 1270, sehr bedenklich, ohne ganz entschieden triftige Gründe irgend ein Ordel so zu interpretiren, daß es dadurch als sich von selbst verstehend, somit als überflüssig erscheint.

wegen Gewinnes aus der Gemeinschaft verhaftet, so hat er dazu keine Zeugen zu stellen, sondern der Beschuldigte muß schwören, bei welcher Bestimmung auſſer dem Rechte der Gewalt vielleicht die zwischen Genossen in dieser Beziehung beobachtete, bereits oben § 57 Anm. 2 erwähnte besondere Rücksicht mitwirkte. Nur wenn der Genosse einer für die Genossenschaft nutzlosen, leichtfertigen Vergeudung beschuldigt werden sollte, bedurfte es eines Zeugenbeweises.

§ 71.

Fortsetzung.

Hierzu sind nun noch besonders drei alte Ordele von 1270 nämlich I, 21. 22 und II, 4, mit 1497 J, 30 und O, 6 und 7 zusammenzustellen.

Von diesen läßt das Ordel II, 4 sich als ein singulär Hamburgisches bezeichnen [1]), das nur Rig. 25 (Puf. III app. p. 232) und Cod. Lub. Hach. III, 267, nirgends aber sonst, weder im Stad. noch im Verd. oder Bremer Statut vorkommt, in die unsrigen von 1292 D, 4 und 1497 G, 13 zwar aufgenommen, aber schon in dem dispositiven Theile des sowohl von Anderson S. 425 als von Lappenberg S. 243 allegirten Artikels von 1605 3, 5, 2 nicht mehr anzutreffen, und ebenso wenig in der Langenbeckischen Glosse berührt ist. Wir haben daher um so mehr Grund, hier ein sehr altes, wenn gleich lokales Recht zu vermuthen.

Meines Erachtens ist das Ordel so zu lesen:

Hebbet twe man edder mer lude een hus to samende, vnde erer welk dene anderen dat hus unnutte maken wolde mit tunende entwey effte mit schedende [2]), des ne

---

1) Ich weiß nicht, wie Lapp. Vorrede zu den Hamb. R. A. I, LVII eine Uebereinstimmung dieses Ordels mit dem Lübischen Cod. Hach. II, 34 nachweisen will. Jedenfalls wird II, 33 gemeint sein; allein auch hier läßt sich weder an sich noch bei Berücksichtigung der Varianten (Hach. p. 263) eine Uebereinstimmung mit unserem Ordel finden.

2) Lapp. Vorr. zu den Hamb. R. A. S. LX meint, diese Worte heißen, das Haus zum Zwecke gleichzeitiger Bewohnung durch Scheidewände verderben. Ich fasse die Worte von einer gezwun-

mach nicht syn. Mer se scholen een lot werpen, welk erer it hebbe dat erste iar, vnde dar na schal it hebben de andere eyn iar, na deme dat it dat lot gift. Vnde so wat dar an to buwende is, dat schal men buwen van der menen kost [3]).

Es ist so viel hier klar, daß von einem wahren condominium nicht die Rede sein kann. Zu einer solchen Annahme giebt der Ausdruck keine Veranlassung, und ihr widerspricht das unverkennbare Alter des Ordels. Welches Recht oder welche Rechte des Römischen dominium hier in dem hebben to samende begriffen gewesen, das ist aus dem Ordel nicht ersichtlich. Wenigstens führt hier der Schluß, der der menen kost gedenkt, zu keinem Resultat, da die Worte am einfachsten von Kosten, die die Theilhaber gemeinschaftlich zusammenzuschießen haben, sich verstehen lassen. Der Nothbau, worauf sich der Schluß beschränkt, widerspricht der Annahme, daß hier das Recht der Einzelnen auch auf die Verfügung über die Substanz gegangen wäre, so wie die Erwähnung eines Hauses und des Unnützmachens darauf hinführt, daß hier blos das Recht der Benutzung desselben zur Wohnung als Gegenstand der Gemeinschaft gedacht werden muß [4]). Ebenso wenig können hier bestimmte, sei es nun ideelle oder physische Quoten angenommen werden, weil sonst das Ordel nicht zu dem Auswege des Looses würde seine Zuflucht genommen haben, in welchem wir übrigens, wie überhaupt im Mittelalter, religiösen Anlaß, von der biblischen Wichtigkeit des Looses her-

---

genen Trennung mittelst Verkaufs ꝛc. auf, und finde in den von Lapp. allegirten Parallelstellen Lub. Hach. I, 65 und II, 119 eher dazu einen Anhalt, als daß sie entgegenständen. Es scheint auch eine eigene Annahme, daß die Benutzung eines Hauses unnütz werden kann, wenn man es durch Scheidewände theilt.

3) Eine ähnliche Vorschrift findet sich im Goslar. Statut p. 23, 4—6, wozu Göschen's Bemerkungen S. 180 zu vergleichen sind, die nur darin durchweg berichtigt werden müssen, sofern sie ein Eigenthum, ein Miteigenthum voraussetzen, von welchen Römischen Rechtsbegriffen grade ganz abstrahirt werden muß, wenn man in das gehörige Verständniß dieser Vorschriften eindringen will.

4) So faßt es auch Lapp. a. a. O. auf.

genommen, vermuthen [5]). Nächst diesem Umstande indessen ist es in diesem Ordel besonders wichtig, daß offenbar von der Unmöglichkeit und Unstatthaftigkeit einer Aufhebung der Gemeinschaft ausgegangen wird. Es heißt sogar ausdrücklich, eine Theilung oder Scheidung sei unstatthaft (des ne mach nicht syn). Man sieht hier also unverkennbar ein Rechtsverhältniß, welches von ähnlichen des Römischen Rechts durchaus verschieden ist. Man kann hier nicht, wie bei den res universitatis des Römischen Rechts, dasjenige Verhältniß annehmen, worauf Germanisten (z. B. Heise) das Germanische condominium in solidum, welches sie verwerfen, haben zurückführen wollen, und wo dem Einzelnen gar kein Anspruch auf die Sache zustand, weil ein solcher Anspruch in dem Ordel deutlich vorausgesetzt wird. Auch liegt kein dominium pro diviso, also mit physisch getrennten, noch ein pro indiviso, mit nur intellectuellen Antheilen der Genossen vor. An Römische Rechtsverhältnisse ist hier also ebenso wenig zu denken, als an das von den älteren Germanisten in dem condominium in solidum angenommenen Verhältniß, wonach man jedem Theilhaber das volle Eigenthum am Ganzen zusprach. Ueberhaupt muß man auch hier wieder vom Römischen Eigenthumsbegriff ganz abstrahiren, und dafür das Recht der Gewehr setzen. So aber werden für uns die Schwierigkeiten, welche das alte Ordel zu lösen hatte, so wie die Art und Weise begreiflich, wie dasselbe sie löst, indem wir bei dem Rechte der Gewehr zugleich mit in Anschlag bringen, welche Bedeutung das Nationalvorurtheil dem Recht der Gewalt einräumte. Das gemeinschaftliche Recht der Gewehr mit Gewalt zersprengen, das war unstatthaft, und in unseren städtischen Verhältnissen gefährlich. Andrerseits mußte Etwas geschehen, um den Theilhaber der Gewehr wider Denjenigen zu schützen, der als Mittheilnehmer einen besonderen Schein einer Befugniß für sich hatte, wenn er Gewalt anwandte, um dene anderen dat Hus unnütte to maken. Es erschien als der

---

5) Lapp. räumt a. a. O. ein, daß dieser Ausweg des Looses unserem Statut eigenthümlich, und erst von da in das Lübische übergegangen ist, scheint aber nicht das Alterthum des Ausweges anerkennen zu wollen, was mir grade unbedenklich vorkommen möchte.

geeignetste Ausweg hier das Loos, welcher die biblische Autorität das Wort redete.

§ 72.

Fortsetzung.

Aber noch ein ganz anderes Licht fällt auf das Verhältniß, in welchem die Theilhaber der in dem Ordel II, 4 verstandenen Gemeinschaft zu einander und zu dem Object derselben stehen, durch Vergleichung dieses Ordels mit dem folgenden, welches zuerst 1270 I, 21 vorkommt, und so lautet:

> So welk man heuet een hus ofte een erue mit deme anderen, vnde mit eme nicht ouer een dragen mach; so we van deme anderen wil, de schal dat erue setten beyde gelt unde dach, vnde de andere schal bynnen veer weken kesen welk ere he hebben wil, so dat erue so dat gelt dar dat erue vp geset is.

Das Ordel treffen wir wörtlich wieder an 1292 C, 15 und 1497 G, 8, ferner Stat. Stad. 1, 17 (Puf. I app. p. 176) Rig. 20 (Puf. III app. p. 231) Lub. Cod. Hach. III, 262. Dasselbe Princip der Auseinandersetzung wird in unserem älteren Schiffrecht Art. 25 für den Fall angeordnet: Hebbet compane ein schip tosamene, vnde wil erer ein uan deme anderen. Auch ist der Art. im Stadtr. von 1497 P, 1 und 1605 2, 13, 1 bei Anhalten. Die Glosse zu 1497 G, 8 bemerkt dazu: „Wenn die beiden Theilhaber sich trennen wollen, oder wenn sie nicht wollen und doch müssen, so sagt das Sächsische Recht [1]), daß dann der Aeltere setzen, und der Jüngere wählen soll. Wollen sie nicht theilen, wenn sie von Rechtswegen müssen, so soll nach der Glosse zum Sachsensp. 3, 29 der Richter theilen. Wenn mehrere Erben zu einer solchen Gemeinschaft gehören, so soll, wer vom Andern will, das beste setzen, danach der Andere das nächste dem besten, und so fort eins ums andere, so viel Erben vorhanden sind. So hat der Rath 1498 entschieden.“ (Vgl. unten § 74).

Mit diesem Ordel sind zwei Bremer Statute zu vergleichen Stat. 48 und 49 d. a. 1433 (Ed. Oelr. p. 471), vgl. mit Stat. v. 1428 2, 29 und 30, (Ed. Oelr. p. 355. 356), die im

---

1) Sachsensp. 3, 29, 2.

Wesentlichen mit dem Stat. Verd. 86. 87 (Puf. I app. p. 106) übereinstimmend so lauten:

So wor twe en erve tosamende hebben vnde nicht over en dreghet, vnde erer nen synes deles entberen wil vmme penninge: so welk erer van deme anderen wil, de mach dat erue selten umme penninge to hure to eneme iare [2]), de andere de dat erue mit eme hevet de mach kesen bynnen achte dagen ever he wil bliven in deme erve umme de penninge so id de andere gesat heft, edder van eme nemen. vnde kust [3]) he nicht binnen achte dagen, so mach de andere hebben den kore. aldus scal id erer en yewelk hebben, also lange wente se overendregen.

49: So wor borghere sin de en wicbelde [4]) hebbet to samende, vnde en van dem anderen wil, de scal bynnen eneme mande dat erue setten vmme like vele penninge. de andere schal darna bynnen enen mande kesen, wer he de penninge nemen edder geuen wille vmme dat wicbelde. weret also dat de ghenne der den kor heft nicht kesen wolde binnen enen mande, so scholde de ghenne den kore hebben, de id ghesetih heft vmme dat wicbelde.

Unser neustes Statut von 1605 hat die beiden Ordele von 1270 I, 21 und II, 4 in der Art mit einander vereinigt, daß das erstere von dem Falle redet, wo „gemeine Erben oder die ein Haus in Gemeinschaft besitzen" sich über das Erbe oder liegende Gründe [5]) nicht vertragen, aber von einander wollen, das zweite darüber disponirt, daß sie „aus einem Erbe oder Gut nicht scheiden wollen" [6]). Von dieser Art, beide Ordele mit einander

---

2) Diese Worte to hure to eneme iare fehlen im Verd. Statut offenbar mit Unrecht.
3) D. i. wählt, von kiesen.
4) Verd. liest Erve oder Wicbelde.
5) Gries 2, 321 versteht hier und 2, 8, 6. 2, 20, 15 unter Erben Gebäude im Gegensatz von liegenden Gründen, d. i. unbebauten Plätzen.
6) Gries 2, 325 findet den Unterschied der beiden Artikel 1 und 2 des neusten Statuts darin, daß in dem ersten angenommen wird, es wollen die Interessenten sich trennen, in dem andern, sie wollen zwar nicht auseinander, aber sie können sich nur über die Art der Benutzung nicht vertragen. Auch hier wird der eigentliche ursprüngliche Unterschied der alten Ordele nicht gehörig berücksichtigt.

zu vermitteln, findet sich nun in den älteren Statuten keine Spur; die Glosse zu 1497 läßt das Ordel II, 4 ganz unberührt, vermuthlich weil ihr das richtige Verständniß desselben über das Römische Recht verborgen blieb. Ueberhaupt beweisen die Commentatoren zum neusten Statut 3, 5, 1 und 2, wie der Einfluß des Römischen Rechts von allen Seiten dem alten Princip der Ordele entgegenwirkte[7]).

Nun würde von uns eine andere, viel natürlichere Verständigung der beiden Ordele darin nachzuweisen sein, wenn I, 21 von einer ganz anderen Gemeinschaft verstanden werden müßte, als II, 4. Allein die Ueberschrift zu 1270 I, 21 hat: Van eruen to samende to hebbende und Rig. fügt zu den Anfangsworten nach deme anderen „tho hope" hinzu, so daß nicht einmal in dem mit deme anderen und to samende der Unterschied zu liegen scheint. Dennoch lasse ich mich weder durch die Rigische offenbare, den übrigen Statuten fremde Interpolation noch durch die anscheinend[8]) spätere hiesige Ueberschrift in der Ansicht irre machen, daß das Verhältniß der Theilnehmer zur Sache im Ordel II, 4 eine jede Auflösung ausschließende, und im Ordel I, 21 eine zwar auflösliche, aber ebenso wenig eine Theilung gestattende Gemeinschaft oder Genossenschaft gewesen sein muß. Der ganze oben (§ 71) entwickelte Inhalt des Ordels II, 4 führt auf diese Distinction, und so enthalten die allegirten Bremer und Verdischen Statuten ebenfalls Vorschriften über eine theilungsunfähige Gesammtschaft, wo, weil ein Jeder Anspruch auf das Ganze hatte, mag dieser Anspruch sich nun auf die Benutzung beschränkt haben, oder weiter gegangen sein, eigenthümliche Theilungsarten nothwendig wurden, um ohne Gewalt Jedem den vollen Anspruch thunlichst zukommen zu lassen. Daß der

---

7) Wenn das O. A. G. Präjudicat vom 6. Mai 1826, welches in Gries 2, 322 mitgetheilt wird, das neuere Auseinandersetzungs-Princip auf Römisches Recht reducirt, so scheint dies bei der völlig Alt-Hamburgischen Grundlage des Art. 1 und 2 wohl nicht gebilligt werden zu können.

8) Lappenb. S. LXXXVI bemerkt, daß die Vertheilung des alten Statuts in Stücke erst später geschehen sei.

Wille Desjenigen, welcher ursprünglich das Recht der Gewehr an dem Erbe aufgegeben hatte, darüber entschied, wie weit die Theilhaber das Recht der Gewehr daran geltend machen konnten, ist bereits früher hiureichend erörtert. Hält man aber diese früheren Resultate nicht fest, oder mischt man vollends Römische Eigenthums- oder Miteigenthums-Begriffe dazwischen, so sind die in den beiden Ordelen enthaltenen Bestimmungen ebenso willkührlich als unbegreiflich.

§ 73.

Fortsetzung.

Ein anderes altes Ordel macht dies alles noch deutlicher und zugleich unzweifelhafter:

1270 I, 22:

Uppe welker luden erue eruet wert van eren olderen ofte van eren vrunden, vnde worden se clachaftig darvmme vor rechte, vnde so welkereme dat erue vndelet wert, de ne heuet nenen broke daranne wedder den clagere ofte den voget ofte den rad.

Dasselbe Ordel wird 1292 C, 16 und 1497 G, 7 wiederholt, die Glosse zum Letzteren commentirt es nicht, das neuste Statut von 1605 hat es nicht recipirt. Es steht auch Stat. Stad. I, 18 (Puf. I. app. p. 176) Rig. 21 (Puf. app. III. p. 231) und Lub. Cod. Hach. III, 263. Erhebliche Varianten finden sich keine. Wenn der Lübecker Codex für vndelet affgedelet liest, so ist dies offenbar eine unstatthafte Correctur. Undelet kommt auch 1270 XII, 7 vor, und heißt enttheilet, aberkannt. Das Wort kommt von delen, erkennen, bescheiden (welcher letztere Ausdruck auch von scheiden, theilen zu deriviren ist) V, 6, tuch delen VII, davon auch vordelen X, 6 und losdelen VI, 3. VII, 11. 18. IX, 8 abstammen.

Es handelt das Ordel von derjenigen Gemeinschaft, welche daraus entsteht, daß ein Grundstück auf mehrere Erben vererbt wird, und bei der sie sich auseinandersetzen müssen, der Theilung an sich also nichts im Wege steht. Wir haben schon § 72 erfahren, daß in solchen Fällen das Gericht die Theilung bestimmte. Das geschah aber nicht etwa mittelst Verfügung eines öffentlichen

Verkaufs, vielleicht weil man annahm, daß das Recht der Gewehr nothwendig einem der Erben zukam. Vielmehr wurde zu der für unsere Rechtsbegriffe extravaganten Maaßregel geschritten, daß einem der Erben das Grundstück ganz zugesprochen wurde. Wenn nun auch unstreitig in der Verfügung etwas Gewaltsames lag, so sollte Derjenige, dem das Grundstück abgesprochen wurde, doch so wenig das Recht der Gewalt als dasjenige der Gewehr als Miterbe ausüben dürfen, ja nicht einmal Brüche gegen den Kläger, den Vogt oder den Rath haben, sondern sich bei dem Spruche des Gerichts beruhigen[1]). Es versteht sich, daß das Ordel in einer Zeit, wo die alten Nationalrechte der Gewehr und Gewalt dem Volksbewußtsein mehr entrückt waren, seine Bedeutung verlor, und deshalb 1605 wegblieb, nachdem sich das Römische Recht in einem größeren Maaße geltend gemacht hatte. Andrerseits aber lag auch hier wieder eine gemeinschaftliche Beziehung zu einer Sache vor, wo man nicht daran dachte, dem Theilhaber einen reellen oder ideellen Anspruch oder ein Recht auf eine demselben entsprechende Theilung zuzuerkennen, wiewohl der Anspruch auf das Ganze durch die sonst sinnlose Fassung des alten Ordels unbestritten dem Theilhaber zustand, und es eben deshalb ausdrücklich festgesetzt werden mußte, daß er keine Brüche an dem Grundstücke mehr gehabt, nachdem es ihm abgesprochen worden war.

§ 74.

Fortsetzung.

Von welchem praktischen Interesse zu seiner Zeit der Fall gewesen sein muß, dessen wir eben gedacht haben, ergiebt sich daraus, daß man in dem Statut von 1292 eine besondere Raths-Willkühr über denselben Fall nothwendig erachtete, C, 25, wovon aber ebenfalls erwähnt werden kann, daß sie zwar 1497 G, 9 noch vorkommt, dann aber weggefallen ist:

---

1) Vielleicht hängt diese Bestimmung auch mit der des Sachsenspiegels zusammen, wo es III, 20, 3 heißt, daß, wenn Jemandem ein Land vor Gericht abgesprochen (verdeelt) und der Friede darüber gewrogt ist, er durch das Beackern (erene) desselben Leben und Gesundheit verwirken kann.

So wor twe ratmanne uan dheme rade ghesant werdet umme ein erue to delende bi ereme edhe: so we dar weder spricht dat se delet unde maket, de scall geuen III mark silueres. Vnde man scal eme nicht laten, vnde ghene man, de eme ghenoghen leih (der sich daran genügen läßt, der damit zufrieden ist), scal buwen. Unde also dicke also de andere id wederspricht, also dicke scal he geuen III punt. Dit hebbet de ratmanne ghesworn unde wilkoret bi ereme edhe. Vnde men scal eme nicht uan dheme broke laten.

Es ist garnicht zu verkennen, daß hier einem alten National-Vorurtheil entgegengetreten wird. Die Rathmänner erachten es für nothwendig, es ausdrücklich zu verabreden und zu beschwören [1]; es wird angenommen, daß der Opponent es nicht bei einem Widerspruch bewenden läßt; der Rath begiebt sich des Rechts, die Geldstrafe ihm zu erlassen [2].

Mit dieser Willkühr ist eine Bestimmung zusammenzustellen, welche wir erst viel später, nämlich zuerst in unserem Statut von 1497 J, 30, jedoch weder in dem neuesten noch in den älteren antreffen:

So weme erfschichtyng behord, de schall van allen guderen samde dele entfangen. Syn dar mer erue efte egen, so ys he plychtig to settende dat werdeste, vnde we de dele doet dat beste darnegest, vnde so vort dat ene vmme dat ander, de wyle dar welcke syn tor dele horende.

Die Glosse, über welche Herrn Dr. Baumeister Anm. in Herrn Dr. Lapp. Vorrede S. CXXXIV zu vergleichen ist, bemerkt, daß es siebenerlei Güter gebe, bei denen keine Theilung oder Erbschichtung statthaft sei, wie Glosse und Text des Sachsensp. 1, 10 dies bestätigten. Wenn der Vater seinem Sohne Roß oder Pferd giebt, so hat nach des Vaters Tode der Sohn es nicht mit seinem Bruder zu theilen. Anders ist es mit Erbe und

---

1) Da unsere älteren Statuten größtentheils aus Ordelen bestehen, und nur einige wenige Willkühren aufgenommen haben, so läßt sich die Wichtigkeit dieser letzteren wohl nicht in Zweifel ziehen.
2) Ueber diesen Sinn der Redensart **vnde men scal eme nicht laten** vgl. meine gedruckten Vortr. 1, 2, 401. 426 Anm. 2.

Eigen: wenn da mehr als eins sind, so soll wer von dem Andern will, das beste setzen, danach soll der Andere setzen. Wer theilt, ist nicht verbunden, irgend ein Gut ungetheilt stehen zu lassen, sondern der Andere muß seinen vollen Theil erhalten, da er getheilt hat. So ward vom Rath 1508 gesprochen und entschieden. Auf unser Statut gründet sich auch die oben (§ 72) erwähnte Glosse zu 1497 G, 8, die, beiläufig bemerkt, aus der zweiten B.schen Hauptform (B) entlehnt ist.

Man erblickt auch hier eine Gemeinschaft, in welcher von Theilen, reellen wie ideellen, ganz abstrahirt, die Nothwendigkeit der Theilung aber anerkannt, und ein Princip dabei festgesetzt wird, welches ebenfalls von der Untheilbarkeit des Rechts der Gewehr bei den einzelnen unbeweglichen Gegenständen der Gemeinschaft, und ferner davon ausgeht, daß bei der Auseinandersetzung es nicht auf die Ermittelung des Werthes dieser Gegenstände, und doch auf eine approximative Gleichheit der Theilung, wiewohl nicht der Theile selbst ankommt. Es scheint die alte Rechtsbestimmung nicht einmal eine gerichtliche Procedur oder eine richterliche Zuziehung für nothwendig anzuerkennen [3]).

§ 75.

Fortsetzung.

Durch die bisherigen Bestimmungen über Gemeinschaften wird vielleicht auch auf die Criminalvorschriften von 1270 XII, 3 und 1497 O, 7, von welchen ich in der Lehre von der Zurechnung § 79 in einer anderen Beziehung gehandelt habe, und welche überhaupt in jener Zeit dem Civilrecht nicht entfernt gedacht werden dürfen (§ 82), ein neues Licht verbreitet, so wie wechselseitig von dort auch hierher. In jenen Vorschriften ist die Rede von einer Gemeinschaft in Beziehung auf einen in Gegenwart

---

3) Möglicherweise kann zur Erläuterung des Textes der Fall dienen im ältesten lib. Resign. p. 75, 21 ff., wo zwei Schwäger sich in der Art den Nachlaß theilen, daß der Eine das eine, der Andere das andere Erbe erhält, und hinzugefügt wird: nihil magis requirere debet a uitrico.

Mehrerer verübten Todtschlag, und auch hier wird von dem Princip ausgegangen, daß alle Anwesenden gleich haften, und mit ihrem Leben die verübte That büssen müssen. Auch hier nimmt das alte Recht also eine Untheilbarkeit an, und wußte so wenig unter den Mitgliedern der Gemeinschaft einen Unterschied zu ermitteln, daß man ausweise der Glosse zu 1497 O, 7 endlich 1511 zur Tortur seine letzte Zuflucht nahm, als dem einzigen Auskunftsmittel, um, wo nicht etwa bestimmte einzelne Wunden oder sonstige Erkennungsmerkmale hervortraten, die man enem manne tosegghen konnte, so viele Enthauptungen zu vermeiden.

§ 76.

Fortsetzung.

Wenn man aber alle bisher (§ 70 ff.) erörterten alten Ordele auf das denselben zum Grunde liegende Princip zurückführt, so trifft es mit demjenigen auf eine merkwürdige Weise zusammen, welches bei dem Verhältniß des überlebenden Ehegatten zu den Kindern in der Wehre in Beziehung auf das Vermögen der Ehegatten, hinsichtlich der Art der Theilung unter ihnen, oder zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Blutsverwandten des Verstorbenen, zu finden ist. Da auch in diesen Verhältnissen eine Gemeinschaft ohne reelle oder ideelle Theile Statt findet, so blieb endlich nichts anders übrig, als willkührliche Bestimmungen in Beziehung auf eine Auseinandersetzung zu treffen. Ebenso dürfen wir annehmen, daß, wenn auch in unseren alten Statuten, die sich auf die Verhältnisse des Landgebiets nicht erstrecken, keine bestimmte Vorschriften darüber enthalten sind, die Rechte der Theilnehmer einer Dorfgemeinschaft nicht irgend theilbar gedacht worden sind, so wie hier auch eine jede Möglichkeit der Theilung ausgeschlossen war. Wenn nun auch ein condominium keineswegs diesen Genossen zugesprochen werden kann, weil eben der Begriff des dominium selbst nicht in das Rechtsbewußtsein unserer Vorfahren eingedrungen war: so würde man gleichwohl einen groben Misgriff sich zu Schulden kommen lassen, wollte man, nachdem in neueren Zeiten die Aufhebung und Theilung solcher Gemeinschaften aus politischen und nationalökonomischen Rücksichten sich als rathsam ausgewiesen hat, darum den Theil-

nehmern das Recht am Grunde absprechen, und etwa nur ein Nutzungsrecht derselben anerkennen, dagegen aber etwa dem Staat das Eigenthum des Grundes zugestehen. Die besten Germanisten sind daher von einem solchen, früher vertheidigten Irrthum längst zurückgekommen, vgl. z. B. Mittermaier im Rechtslexicon s. v. Dorfgemeinde.

§ 77.

V. Die Germanische Bürgschaft, zunächst für die Gewehr.

In einem viel engeren Zusammenhange mit meinen bisherigen Erörterungen, als man es auf den ersten Anblick geneigt sein möchte einzuräumen, steht die Lehre von der Alt-Hamburgischen Bürgschaft, mit der ich die gegenwärtigen Vorträge versprochen habe (vgl. oben die Einleitung S. 74) zu beschließen. Vor allen Dingen ist es hier hervorzuheben, daß sie als ein wesentliches Rechtsgeschäft in unseren ältesten Ordelen überall erscheint, wo von dem freiwilligen Entlassen einer Sache aus der Gewehr des bisherigen Berechtigten und in die Gewehr des Andern die Rede ist. Dies beschränkt sich nicht etwa auf bewegliche oder umgekehrt auf unbewegliche Sachen. Es muß aus meinen bisherigen Darstellungen des Geistes unseres alten Rechts unabweisbar als nothwendig sich ergeben, daß, um sich das Recht der Gewehr, dies eine von den zwei wichtigsten Nationalrechten der Person sowohl an sich als in Beziehung zu einer Sache, zu sichern, wenn man gegen das Recht der Gewalt, des Angriffs, eine Sache zu vertheidigen hatte, grade wiederum eine persönliche Beziehung erforderlich war. Die Investitur bei Immobilien, die freiwillige Annahme der Gewehr bei Mobilien, gaben mit allen ihren Förmlichkeiten eben nur die Gewißheit, daß das Recht der Gewehr in die neue Hand übergegangen war, aber gegen den Angriff des Dritten, soweit das Deutsche Volksrecht diesen Angriff als erlaubt betrachtete, war das von einem Andern abgeleitete Recht der Gewehr damit noch nicht geschützt. Einen derartigen Schutz gab keine andere Sache, wie sie immer auch beschaffen sein mochte; nur eine Person konnte ihn leisten. So erscheint der Warand, die Warandie, das vadium als eine recht-

liche Nothwendigkeit, keineswegs etwa als die Wirkung einer singulären Gesetzesvorschrift [1]).

Hier muß ich mich also gleich von vorn herein in dieser Materie gegen Herrn Dr. Reimarus Hamb. Vereins-Zeitschr. 1, 3 S. 439 ff. erklären, welcher die Bürgschaft bei den Resignationen als etwas erst im Verlauf der Zeit, etwa erst durch das Statut von 1270 1, 6 Hinzukommendes betrachtete. Es ist freilich wahr, daß unser ältestes Stadt-Erbebuch bis zum Jahre 1266 der Bürgschaft im Ganzen nur zehnmal, nämlich 10, 17. 19, 17. 22, 5. 53, 2. 4. 6. 58, 16. 70, 1. 76, 8. 14., dagegen aber von 1266 an fast regelmässig bei den meisten Resignationen gedenkt. Allein es läßt sich hieraus nicht schließen, daß erst seit 1266 die Bürgschaft bei Auflassungen eine Wichtigkeit erlangt habe. Die Führung des Erbebuches, oder richtiger Resignationenbuches, hing, wie ich dies bereits § 67 bemerkt habe, wahrscheinlich lediglich von der Ansicht des Schreibers oder von dem Wunsche der Partheien ab, giebt also nicht einmal über die damals herrschende Ansicht eine zuverlässige Auskunft. Das Ordel 1, 6 in der Sammlung von 1270 ist nicht etwa erst von diesem Jahre, so wenig als es ein neues Recht einführte, sondern es bestätigt nur das bisher von den Wittigsten anerkannte Herkommen. Es wäre sonst unerklärlich, warum in dem erwähnten Resignationenbuche grade erst von pag. 89, 13. 20 an, d. h. seit dem

---

1) In einer ganz anderen Beziehung würde man das Verhältniß auffassen können, wenn man das Römische Recht zu Hülfe riefe. Denn auch die Klage auf Evictionsleistung bei den Römern wird als eine natürliche Folge des Kaufcontracts betrachtet, vgl. Savigny System 3, 358 Anm. b. Man könnte also sagen, es sei ebenso bei unseren Vorfahren eine natürliche Folge von dem Kaufcontract und von dem Aufgeben des Rechts der Gewehr nach Maaßgabe dieses Kaufcontracts die Verpflichtung des Verkäufers gewesen, entweder der Garant seines Käufers zu sein, oder ihm einen solchen zu stellen, falls an diesen Käufer wegen des Kaufobjects Ansprüche gemacht würden. Einem solchen Princip und dem Ausdruck wadius begegnet man schon in der lex Baiuv. 17, 2, wiewohl damit die Nothwendigkeit einer persönlichen Verantwortlichkeit des, sein Recht der Gewehr Uebertragenden, welche durch eine reale Prästation nicht zu beschaffen war, noch nicht würde nachgewiesen sein.

Jahre 1266, die Bürgschaften regelmässiger bemerkt worden sein sollten. Daß das Ordel 1, 6 ein uraltes Deutsches Recht enthält, beweist sich übrigens auch aus seiner Uebereinstimmung mit dem Soester Recht Art. 34 und dem Cod. Lub. 1, 78. II, 23. 34 — 36 vgl. Lapp. Vorr. zu den Hamb. R. A. S. XLVII, und es kommt die Auffassung darin meiner ganzen Ansicht zu Hülfe, daß nach Ablauf von Jahr und Tag, binnen welcher Zeit der Bürge haften soll, man durch seinen Eid sein Recht der Gewehr gegen jeden Angriff schützen darf, und sein eigner Bürge, sui warandus, nunmehr wird (vgl. Excurs zu § 3).

Hält man meine Ansicht von dieser Bürgschaft fest, so wird die Bemerkung in der Abhandl. des Herrn Dr. R. S. 439, daß diese Bürgschaft nicht etwa den Kaufschilling betroffen, und daß Bürgen selbst dann, wenn das Haus schon bezahlt war, genannt werden, überflüssig. Daß einmal (p. 178, 3), wo ein Ehepaar sein Haus resignirt, der Ehemann für das Haus Bürge wird, kann uns nicht auffallen, da wir aus der bereits erwähnten Stelle Cod. Lub. II, 23, vgl. III, 14 und 200, wissen, daß der Verkäufer schon ohne Weiteres als der nächste Bürge des von ihm verkauften und aufgelassenen Erbes für die Frist von Jahr und Tag angesehen wurde. Nun konnte es sich unstreitig eben so gut treffen, daß der Käufer sich mit der Bürgschaft seines Verkäufers begnügte, als auch ferner, daß es dem Verkäufer unmöglich war, einen Dritten als Bürgen zu stellen. Dann tritt wohl subsidiär eine Verpfändung z. B. eines Hauses ein, z. B. p. 145, 30. p. 159, 10. p. 176, 16 (ponit oder impignorat domum), nicht etwa weil man einer statutarischen Form den Vorzug gab, sondern weil man die persönliche Haft als eine Nothwendigkeit betrachtete, und dann wohl auch weil eigentlich der Zweck der Bürgschaft durch eine solche Verpfändung nur mangelhaft erreicht wurde, die ja wiederum ohne Bürgschaft durch einen Angriff auf das Pfandobject effectlos werden konnte. Daß aber die Bürgschaft für das aufgelassene Object geleistet wurde, geht wiederum ebenfalls aus meiner Ansicht hervor, und bestätigt sich durchweg im Resignationenlauf. Sie heißt Warandia, p. 176, 16, was wohl auch p. 164, 12 für Warangia zu lesen ist. Der Fall p. 181, 12, wo vier Personen für die Käufer, wie es heißt, promiserunt,

geht auf eine Bürgschaft für die Zahlung des Kaufpreises, der noch nicht berichtigt war, und heißt dann vadium, p. 22, 6.

Das Object der Bürgschaft war aber nicht in der Art das Grundstück, daß der Bürge aufkam, wenn das Haus z. B. in Feuer aufging. Auch hierin ist Herr Dr. R. S. 440 zu berichtigen, wo er sagt, weil die Häuser meist von Holz gewesen, so habe man darum die Bürgschaft rathsam gefunden. Damit würde es nicht zu meinen sein, daß man Bürgschaft der Hypothek vorzog, und diese nur als etwas Eventuelles betrachtete. Es scheint auch in der etwas dunkeln Stelle Cod. Lub. II, 35 ausdrücklich gesagt zu werden, daß die Bürgschaft wenigstens zunächst nicht auf den Schaden ging. Die Stellen des Resignationenbuchs p. 42, 22. p. 159, 27, welche für den Fall, daß das Haus aufbrenne, den Platz haften lassen, stehen mit der Bürgschaft ausser allem Zusammenhange. Wo in den Resignationen auf die Rechte, die der Vorweser an einem Grundstücke hatte, Bezug genommen wird, p. 13, 17. 68, 18, da ist das bereits (§ 67 ff.) ermittelte Resultat zu beherzigen, daß nirgends sich die Ueberlassung eines vollen Eigenthums im Römischen Umfange positiv nachweisen läßt. Endlich kann ich auch der Hypothese des Herrn Dr. R. S. 441 keinen Beifall schenken, als ob die Bürgschaft nothwendig gewesen wäre wegen des Näherrechts beim Wiederverkaufe. Wie reimte sich damit die Beschränkung der Bürgschaft auf Jahr und Tag? Wenn demnach die Erben selbst die Bürgschaft übernehmen, so folgt daraus nicht ein Verzicht auf ihr Näherrecht, weil eben die Bürgschaft auf das Recht der Gewehr ging. Dies ist gegen das von Herrn Dr. R. S. 443 Bemerkte einzuwenden.

Nach diesen Vorerinnerungen lasse ich den uns hier interessirenden Theil des Ordels von 1270 1, 6 selbst folgen:

— Vnde so weme erue upgelaten wert, de schal iummer borgen nemen, dat he waret werde iar vnde dach. Vnde vnbreke eme wat in der warschop, dat schal de borge uprichten. Vnde so wanne de man waret is iar vnde dach, so is he syn erue mit synes sulues hand up den hilgen nager to beholdende den id em ienich man af to winnende sy. —

Die Stelle lautet ebenso 1292 C, 2. 1497 G, 2. Stat. Stad. 1, 2 (Puf. I app. p. 171) Rig. 5 (Puf. III app. p. 224) Lub. Hach. III, 248. Im Verdischen Statut 15 (Puf. I app. p. 83) heißt ein solcher Bürge wahrborge, und es wird ausdrücklich gesagt, der Käufer eines Hauses soll ungewahret sein, wenn dasselbe nicht vor dem Rathe verlassen ist. Wenn die Glosse zu unserem Statut von 1497 S. 237 zwischen Erbeigen und erworben Eigen unterscheidet, und nur bei jenem Bürgschaft fordert, so mischt sie späteres Recht ein, was auch namentlich daraus ersichtlich ist, daß sie die Bürgen als des kopes warende bezeichnet, und auf G, 3 Bezug nimmt, wo gradezu Römisches Recht sich geltend macht.

In dem alten Ordel kann ich übrigens kein anderes Recht für Immobilien finden, als was wir für Mobilien schon § 63. 64 ermittelt haben. Aber die Allgewalt des Rechts des Angriffs ist selbst aus unserem altem Ordel klar, da sogar nach Verlauf von Jahr und Tag der Vertheidiger der Gewehr eines Eides benöthigt war, ungeachtet ihm das Erbe nicht blos verkauft und aufgelassen, sondern auch ins Buch geschrieben, und jene Zeit verflossen war (vgl. Excurs zu § 3) [1]).

§ 78.

Fortsetzung. Das Ordel VII, 8 von 1270.

Mit meinen bisherigen Erörterungen ergiebt sich aber noch ein fernerer Zusammenhang durch die Art und Weise, wie ein altes Ordel verstanden worden ist, das bei genauerer Untersuchung von der Bürgschaft zunächst nicht handelt. Es steht 1270 VII, 8, und muß meines Erachtens so gelesen werden:

§ 1 So wor mer lude den eyn man louet eneme manne een gelt, alle sint se dat schuldich to geldende, vnde nicht en iewelick al, mer malk [1]) also vele, also eme toboren mach.

---

1) Cropp Abh. I, 394. 395 ist offenbar die richtige Auffassung des alten Ordels entgangen. Die Art, wie er die Bürgschaft bei den Resignationen nimmt, läßt das schal iummer und das nemen des alten Ordels ebenso ungerechtfertigt, als den Umstand, daß das Erforderniß des Eides des neuen Erwerbers erst eintrat, nachdem Jahr und Tag verflossen, und das Erforderniß der Bürgschaft erledigt war.

1) Malk, mallik ist dasselbe, was en iewelik, ein Jeglicher, Jeder.

§ 2 Mer louet lude mit sameder hand, alle de men hebben mach, de scholen gelden to der loueden tit.

§ 3 Were it ok also, dat he welken vordregen wolde dor vruntschop ofte dor leue, vnde mochten de anderen dat getugen, dat se alle leueden vnde wol gelden mochten, so ne scholde malk nicht mer [2]) den syn deel gelden. Mer were erer kumpane welk dot ofte vorarmet, de dar leueden ofte ere eruen, vnde de gelden mochten, scholden dat gud gelden alle gelik.

§ 4 Louet ok vele lude eneme manne schult to geldene vnde to betalende, vnde untfeit [3]) dat louede uele lude, vndé gelt men deme men schuldich is, alle sint se ledich.

§ 5 Sit men ok mit syneme willen, de anderen de dat louede vntfengen, de mogen den anderen nene schult geuen.

Das Ordel findet sich ebenso (abgesehen davon, daß das Rigische Statut offenbar Abschreiber-Lücken hat) Stat. Stad. VII, 6 (Puf. app. I pag. 210 [4]) Rig. 92 (Puf. III app. p. 252) und Lub. Cod. Hach. III, 333.

Lappenberg behauptet, Vorr. zu den Hamb. R. A. I pag. LXIV hier eine fast wörtliche Uebereinstimmung mit Sachsensp. 3, 85, einem freilich noch dem dreizehnten Jahrhunderte angehörigen, aber dem ursprünglichen Repkowischen Text fremden Zusatze. Die Wörtlichkeit ist jedoch durchaus nicht vorhanden, und es scheint fast der Sachsenspiegel, von welchem nur § 1 und 2 hierher gehören, da § 3 und 4 speciell von Bürgen handeln,

---

2) So lesen die meisten Handschriften richtig, und in Uebereinstimmung mit 1292 und 1497, wiewohl es auffällt, daß Cod. Lub. Hach. III, so wie die von Lapp. seinem Abdruck zum Grunde gelegte Handschrift die Negation weglassen, also offenbar von Abschreibern verstümmelt sind.

3) Diese Lesart läßt sich aus den durch Abschreiber-Misverständniß von einander abweichenden Ausdrücken entnehmen. Empfahen, davon empfaht oder untfeit oder entphaen, wie Weiske Sachsensp. 3, 85, 2, oder untvan, wie Homeyer liest. Die andere Form findet sich § 5: vntfengen.

4) Duncker das Gesammteigenthum S. 31 Anm. 4 scheint die Quelle dieses Stader Statuts, das er nach der Senckenbergischen Ausgabe citirt, nicht gekannt zu haben, so wenig als die übrigen Parallelstellen.

lediglich ein Excerpt aus dem alten Ordel, und zwar § 1 von dessen § 1, und § 2 von dessen § 4 zu sein. Die Glosse zum Sachsenspiegel schreibt das Gesetz dem Kaiser Otto dem Rothen, „dem Sohne des großen Kaisers Otto", zu, im siebenten Jahre seines Reiches (also 980). Homeyer bemerkt: „der Sinn von § 1 ist: Jeder kann auf das Ganze belangt werden, befreiet durch seine Zahlung die Uebrigen, und kann sie pro rata in Anspruch nehmen. Die Glosse sagt, der Kaiser habe den Mittelweg zwischen der Haftung Aller in solidum und pro rata eingeschlagen."

Gries Commentar 1, 307 erkennt in dem alten Ordel das beneficium divisionis des neusten Statuts von 1605 II, 6, 8, giebt freilich S. 309 in diesem neusten Statut eine Abweichung von dem Römischen beneficium divisionis zu, das nicht ausgeschlossen sei, wenn sich auch Einer für Alle und Alle für Einen verpflichtet hätten. Das O. A. G. in einem Präjudicat von 1827, das Gries mittheilt, erklärt es als unverkennbar, daß die Grundsätze des Römischen Rechts bei einigem Eigenthümlichen, welches sich über die Natur der Verpflichtung mehrerer Bürgen im Statut finde, in dasselbe übertragen sind. Gries bemerkt endlich S. 309, der Art. 9 des neusten Statuts stimme mit dem Römischen Recht überein, sei übrigens gleichfalls fast wörtlich in dem Schlusse von § 3 des alten Ordels enthalten.

Ferner ist hier zu erinnern, daß sich in dem Verdener Statut 81 (Puf. I app. p. 105) und Bremer vom J. 1433 Ord. 80 (Oelrichs p. 538) ein Ordel findet, welches unläugbar mit dem unsrigen zusammenhängt. Es wird dort auch noch der Fall bedacht, wenn Einer Derjenigen, welche lovet myt samender hant en lovede, stirbt, und zwar keinen Erben, jedoch ein erue, dat wicbelde were, hinterläßt. In diesem Ordel werden die Gelober mit borghen synonym genommen.

Nun hat Müller in s. Abh. über Germ. Bürgschaft a. a. O. S. 332 nachzuweisen gesucht, daß im Art. 62 des Jütschen Low laven von einer Bürgschaft für eine Civilschuld, und börge werden (borghaer) von einer Bürgschaft für einen der Flucht verdächtigen Verbrecher zu verstehen sei. Paulsen a. a. O. S. 133 und 139 scheint mit dieser Auffassung einverstanden zu

sein. Wir haben sie hier nicht weiter zu untersuchen; allein so viel ist gewiß, unseren alten Statuten ist dieser Sprachgebrauch fremd. Louen heißt, wie wir schon § 26 zu 1270 VI, 14 gesehen haben, geloben, versprechen; so auch VI, 17. VII, 7. VIII, 1, wo an Bürgschaft gar nicht gedacht werden kann, und wo namentlich zu VII, 7 von B. M. Anderson bemerkt wird (Ed. Anders. p. 72): lauen promittere, lavede promissio, wie denn VII, 7 und unser VII, 8 in allen unseren drei älteren Statuten von 1270, 1292 und 1497 in einer Umgebung stehen, wo von Bürgschaft nicht die Rede ist. Ich halte mich daher[5]) auch nicht berechtigt, unser Ordel in irgend einer Hinsicht als die Quelle des neusten Statuts 2, 6, 8, das ganz bestimmt von dem beneficium divisionis des Bürgen nach Römischem Recht handelt, zu betrachten, oder bei dessen Auslegung zu benutzen, und wenn 2, 6, 9 von dem Fall der Verarmung eines der „Mitlober" Aehnliches disponirt, wie unser Ordel § 3 a. E.; so sehe ich das als etwas rein Zufälliges oder auch als einen Beweis mehr an, wie die Verfasser unseres neusten Statuts die alten statutarischen Vorschriften mit Römischem Recht verwechselt und durcheinander gerührt haben.

Wenn wir uns dagegen vom Römischen Recht ganz lossagen, und das alte Ordel davon unabhängig auffassen: so reducirt sich freilich unsere Exegese auf eine rein antiquarische Forschung. Für die Rechtsgeschichte gewinnen wir aber gewiß dadurch ein zuverlässigeres Resultat, das denn um so bedeutender wird, da es auf eine sehr merkwürdige Weise mit den bisherigen Ergebnissen unserer Betrachtungen von Gemeinschaft und Genossenschaft zusammentrifft, und die Stelle rechtfertigt, welche wir hier dem Ordel VII, 8 angewiesen haben. Auch ist selbst für die neueste Praxis unsere Exegese in sofern von entschiedenem Nutzen, als sie uns abhält, das neuste Statut in den hier gemeinten Bestimmungen nach den alten Ordelen zu interpretiren.

---

5) Auch die alte Ueberschrift unseres Ordels enthält von Bürgschaft nichts. Sie heißt: Wor mer lude louet den eyn man to geldende. Ebenso wird in dem Bremer Statut von 1428 c. 48 (p. Oelrichs. 342) borge tucht und louede von einander unterschieden.

§ 79.

Fortsetzung.

Vor allen Dingen wird man bei der Prüfung des in Rede stehenden Ordels aus der Sammlung von 1270 den Gedanken entfernen müssen, welcher für den Römischen Juristen so nahe liegt, als ob nämlich hier von Einreden, oder überhaupt von einer gerichtlichen Verhandlung streitiger Verhältnisse gehandelt würde. Das ist so wenig hier der Fall, wie z. B. IX, 21 (§ 50).

Sodann werden hier zwei Fälle unterschieden. Der § 1 handelt von demjenigen, so wor mer lude den eyn man louet eneme manne een gelt, und § 2 louet lude mit sameder hand. Nach den Ermittelungen aus I, 21 und II, 4 im § 71. 72 finden wir auch hier § 1 eine trennbare, § 2 aber eine untrennbare Gemeinschaft von mehreren Schuldnern. Die samede hand, die louede tit, und die Bezugnahme auf dat gut im § 3 als auf den häufigsten Fall, wo ein solches untrennbares Rechtsverhältniß vorkam, berechtigen zu einer solchen Annahme. Wenn mehr Leute als Einer, wir würden sagen, wenn zwei oder mehrere Leute, also gerade eben so wie es im Verdener und Bremer Statut heißt, so wor twe oder mehr, lauet, eine Geldsumme einem Mann zu zahlen geloben, so zahlt ein Jeder von ihnen nur so viel, also eme toboren mach, seine Quote, ohne daß das Ordel sich darüber ausspricht, wie groß diese Quote sein soll, was vielmehr den Umständen, vielleicht im Streitfalle dem richterlichen Ermessen, wie im § 73, oder dem Loose, wie im § 71, überlassen ward, wenn sich die Partheien nicht in Güte darüber verständigten. Man räumte hier diesen beiden Auskunftsmitteln vielleicht darum eine so große Gewalt ein, weil man dadurch dem Recht der Selbsthülfe und Gewalt meinte wirksamer vorzubeugen.

Anders bei einer durch das Versprechen selbst oder durch das Object untrennbaren Gemeinschaft von Schuldnern[1]). Hier

---

1) Dunker in der § 78 Not. 4 allegirten Stelle und zwar im Text meint, die gesammte Hand hier bezeichne solidarische Haftung jedes Einzelnen, und der Ausdruck mit gesammter Hand bedeute überhaupt nur gemeinschaftlich. Man wird diese Meinung aufgeben müssen, wenn man unser Ordel genauer und im Zusammenhange mit andern untersucht.

müssen Alle zusammen zur verabredeten Zeit aufkommen, der Gläubiger hat sich nur an Alle zusammen, nicht an Einzelne, nur an das Ganze, nicht an Quoten zu halten. Wenn aber der Gläubiger seinerseits die Untrennbarkeit aufhob, indem er willkührlich Einzelne nicht ansprach: so war davon eine sehr natürliche Folge, daß dann nur, wie im ersten Falle der trennbaren Gemeinschaft, Jeder für seinen Theil haftete; doch müssen sie Alle Zeugen darüber bringen[2]), daß sie sämmtlich leben und zahlfähig sind.

Denn ein ganz anderes Verhältniß trat in dem Falle untrennbarer Gemeinschaft alsdann ein, wenn nicht der freie Wille, sondern Umstände, welche ausserhalb der Gewalt des Gläubigers lagen, diesem es unmöglich machten, Alle zusammen in Anspruch zu nehmen. Zu diesen Umständen gehörten der Tod und die Verarmung der Genossen (kumpane vgl. oben § 57). Dann müssen die übrigen Lebenden oder deren Erben, falls sie zahlungsfähig sind, zusammen das Gut gelten, d. h. den Werth bezahlen (vgl. meine Vorträge 1, 2, 355 und 357 Anm. 3).

In den beiden bisher erörterten, und §§ 1—3 unseres alten Ordels erwähnten Fällen war die Rede von mehreren Schuldnern einem Gläubiger gegenüber, gewesen. In den §§ 4 und 5 wird der Fall, wo mehrere Schuldner mehreren Gläubigern gegenüberstehen, besprochen. Das Versprechen wird angenommen von Mehreren. Der eigenthümliche Ausdruck, der beinahe an die Römische Form der Stipulation durch Sponsion § 1 I. de duobus reis (3, 16) erinnert, heißt vnifeit, vnifengen dat louede uele lude, und beweist, daß man in einem solchen Falle die ausdrückliche und freiwillige Erklärung der Pluralität nothwendig erachtete, um jedem Zweifel und jeder Verwechselung mit den Fällen der §§ 1—3 vorzubeugen. In einem solchen Falle werden alle Schuldner entfreiet, wenn Einer von Denjenigen, denen man schuldig war, die Zahlung erhält. Andrerseits

---

2) An dieser Stelle scheint das getugen nicht von der Beeidigung genommen werden zu können. Man würde durch die Eidesberechtigung den Schuldnern gegen den an sich begründeten Angriff ihres Gläubigers ein zu großes Privilegium eingeräumt, und dem Recht der Selbsthülfe nicht genügend vorgebauet haben.

aber, wenn auch nur Einer der Schuldner mit Willen eines Gläubigers sitzen bleibt, d. h. nicht in Anspruch genommen wird: so ist damit sofort die Gemeinschaft aufgelöst, und die übrigen Gläubiger können sich nicht mehr an die übrigen Schuldner halten.

Wenn die vorstehenden Rechtsregeln offenbar schon frühzeitig, wie wir aus dem Sachsenspiegel und ferner aus den Verdener und Bremer Statuten ersehen, auf Bürgschaft angewandt wurden, so erklärt sich dies theils daraus, daß sie bei dieser, namentlich im Fall der Bürgschaft für den Verkäufer (vgl. § 77), am häufigsten vorkamen und am bedeutendsten wurden, theils daraus, daß die Bürgschaft des Alt-Germanischen Rechts zwar, wie bei den Römern, eine accessorische und cumulative Natur hatte, aber den Bürgen nicht eventuell, sondern solidarisch mit dem Hauptschuldner verpflichtete, wie wir dies jetzt wohl noch etwas näher prüfen müssen, obschon bereits die Beispiele, die wir bei der Warandie § 77 anführten, im Allgemeinen darauf deutlich hinwiesen.

§ 80.

Fortsetzung.

Darin stimmen nämlich Müller und Paulsen überein, daß sie, die Ansicht darüber von Eichhorn berichtigend[1]), den Germanischen Bürgen allemal solidarisch haften lassen. Müller bezeichnet dies S. 340 als eine correale Haft des Bürgen, wogegen Paulsen S. 125 den Ausdruck Correal-Obligation hier verwerfen will. In so weit muß man sich hier mit Paulsen einverstanden erklären, als dieser Ausdruck der Römischen Rechts-Doctrin angehört, und um so weniger über die Gränze derselben hinaus angewandt werden darf, weil er selbst innerhalb dieser Gränze bis auf die neuste Zeit vielfach misverstanden ist. Ueberdies werden an das so bezeichnete Rechtsverhältniß Wirkungen geknüpft, welche nur dem Römischen Recht angehören. Worauf aber Paulsen die Behauptung gründen will, daß Germanische Bürgen „wie eigentliche correi gewesen sind, wie die fideiussores im Vor-Justinianeischen Rechte", ist mir nicht recht klar. Wir werden uns erst darüber mit einander verstän-

1) Vgl. Müller a. a. O. S. 339 Anm. 29. Paulsen a. a. O. S. 125 Anm. 1.

digen müssen, was man in der Römischen Doctrin seit Rippentrop's Erörterungen über Correal-Obligationen (1831) [2]) unter diesem Ausdruck zu verstehen hat. Früher waren in der Doctrin des Römischen Rechts drei ganz verschiedene Klassen von Rechtsverhältnissen vielfach mit einander verwechselt worden, indem man das Vorhandensein einer einzigen Obligation bei mehreren Subjecten als generelles Merkmal aller jener Verhältnisse betrachtete, während es allein das specielle Kennzeichen der einen Correal-Obligation ist, wo freilich die mehreren Subjecte zu dem gemeinschaftlichen Gläubiger oder Schuldner in verschiedenen subjectiven Beziehungen stehen können, wie z. B. der eine Schuldner principal, der andere accessorisch, der eine rein, der andere bedingt haften kann, ohne daß das Verhältniß damit aufhört, eine Correal-Obligation zu sein. Von dieser wahren Correal-Obligation ist zuerst die solidarische Verbindlichkeit zu unterscheiden, wobei eben so viel Obligationen als Subjecte vorkommen, jedoch so, daß der Gläubiger nur Eine Leistung fordern kann, und sodann diejenige individuelle oder untheilbare Obligation (obligatio individua, vgl. von Vangerow 3, 7 ff.) mehrerer Gläubiger oder Schuldner, deren Object, wie z. B. zufolge l. 85 § 5 D. de V. O. (45, 1) (vgl. von Vangerow 3, 16) bei der Evictionsleistung, untheilbar ist.

Hält man diese Erörterungen fest, so läßt sich nicht sagen, daß der Germanische Bürge und der Hauptschuldner nicht eigentliche correi gewesen sein sollten, wiewohl es besser ist, sich dieser doctrinären Ausdrücke des Römischen Rechts zu enthalten, und ebenso das häufig in unserem ältesten Stadt-Erbebuche vorkommende Verhältniß der Bürgschaft für den Verkäufer wegen der Gewehr (vgl. § 77) lieber nicht als eine obligatio individua zu bezeichnen.

§ 81.

Fortsetzung.

Es ist noch von einer andern Seite her nothwendig, sich über die Begriffe der Römischen Rechts-Doctrin das gehörige Verständniß zu verschaffen, um nicht durch Auffindung angeblicher

---

2) Vgl. von Vangerow Pand. 3, 67 ff. Puchta Institutionen 3, 40.

Beziehungen des Römischen Rechts zum Altdeutschen eine ebenso sehr für die Praxis als für die Theorie bedenkliche Verwirrung herbeizuführen. Schon einmal (§ 78) wurde erwähnt, daß Gries in seinem Commentar 1, 307 die Meinung äussert, das beneficium divisionis, also ein durchaus Römisches Rechtsinstitut, finde sich schon in unserem alten Statut, und zwar grade in dem allegirten Ordel VII, 8. Vor allen Dingen ist es also nothwendig, sich darüber aufzuklären, was das Römische Recht unter dieser Form einer rechtlichen Begünstigung verstanden hat. Es entsteht hier zuerst die Frage, wer dadurch begünstigt werden sollte, und demnächst, worin die Begünstigung bestand. Bei einer genaueren Prüfung wird sich ergeben, daß weder in der einen noch in der andern Hinsicht mit Wahrheit gesagt werden kann, es sei das beneficium divisionis in dem Ordel zu finden.

Das beneficium [1]) gründet sich bekanntlich auf eine epistola D. Hadriani [2]), und besteht, um uns der Worte des Gajus 3, 122 zu bedienen, darin: Is, a quo creditor totum petit, potest desiderare, ut pro parte in se detur actio. Es bezieht sich also auf ein durchaus processualisches Verhältniß, es begründet eine Einrede. Es ist ferner nur für den Fall mehrerer Mitbürgen desselben Hauptschuldners zunächst bestimmt. Darüber, ob es überhaupt bei Correalschuldnern Platz greife, ist seit den Glossatoren Streit, und man hat bis auf die neueste Zeit sich darüber, ob Justinian durch die Nov. 99 die Rechtswohlthat auch diesen habe angedeihen lassen wollen, nicht vereinigen können. Es ist kürzlich durch von Vangerow Pand. 3, 80 ff. ermittelt, daß nur in dem einzigen Falle, wenn die Correalschuldner an den Vortheilen der Schuld gleichmässigen Antheil gehabt haben, der Gläubiger in Folge der Nov. 99 gezwungen werden kann, alle anwesenden und zahlungsfähigen Correalschuldner gemeinschaftlich zu verklagen.

Hiernach liegt es also auf flacher Hand, daß von dem alten Ordel VII, 8 nicht gesagt werden kann, es finde sich darin das

---

1) Die Literatur über die Materie finde ich am vollständigsten in Mackeldey Lehrb. Ausg. von Roßhirt § 330 und 438.
2) Vgl. Hugo Röm. Rechtsgesch. Ausg. 8 S. 574. Puchta Instit. 3, 46.

beneficium divisionis, so wenig dasjenige des Schreibens des Kaisers Hadrian als das der Novelle des Kaisers Justinian, wenn man nicht eine große Begriffsverwirrung veranlassen, und wohl gar zu dem Irrthum die Hand bieten will, als ließen sich in dem Ordel Spuren von einer Bekanntschaft mit Römischem Recht nachweisen. Die Grundsätze des Römischen Rechts sind erst in das neuste Statut von 1605 2, 6, 8 hineingetragen, und unläugbar aus der Nürnberger Reformation von 1564 herübergenommen, weshalb gewiß vollkommen richtig das O. A. G. in Lübeck in dem Präjudicat von 1827 (vgl. Gries 1, 308 ff.) dieses neuste Gesetz nicht aus unserem alten Ordel, sondern aus dem Römischen Recht ergänzt und erläutert.

Aber freilich ist es nichtsdestoweniger auffallend, daß unser Ordel hier Fälle zusammenstellt, die ganz an Römisches Recht erinnern. Das Auffallende jedoch verschwindet einigermaaßen, wenn man dabei in Anschlag bringt, daß grade im Altgermanischen Rechte solche Fälle häufig vorkommen mußten, und zwar bei Rechtsgeschäften, die in dem hiesigen städtischen Verkehr die bedeutendsten und gewöhnlichsten waren. Dabei werden sie durchaus anders aufgestellt und entschieden, als im Römischen Recht, so daß man schon deshalb nicht annehmen kann, das Hadrianische Benefiz habe hier Berücksichtigung gefunden. Es scheint auch jeder Grund zu fehlen für die Aufnahme eines Ordels in eine Sammlung zur Sanctionirung des Römischen Rechts, hinsichtlich welcher Lappenberg trotz seiner Hypothese von dem Institutionen-System in derselben (Vorr. zu den Hamb. R. A. I, LXXXVII ff.) einräumen muß, daß sie dem Bedürfniß ihr Dasein verdankt, dem Eindringen des Römischen Rechts zu wehren (das.).

Daß ganz besonders Germanische Rechtsverhältnisse hier ins Auge gefaßt wurden, bestätigt sich aus dem Sachsenspiegel, der statt der allgemeinen Geldsumme, welche von Mehreren gelobt wird, speciell des dem Deutschen Rechte durchaus eigenthümlichen Wehrgeldes gedenkt.

§ 82.

Fortsetzung.

Nach dieser Auseinandersetzung wird es geeignet sein, die Resultate der Aufsätze von Müller und Paulsen wieder auf-

zunehmen. Wir finden hier noch einen Punkt, in welchem beide Schriftsteller mit einander übereinstimmen, und der hier auch darum vorweggenommen werden kann, weil er sich auf den Gegenstand der Bürgschaft bezieht. Müller nimmt an, es habe zwischen der Bürgschaft in Civil- und Criminalsachen ein Unterschied Statt gefunden, sowohl in Hinsicht auf den Zweck als auf die Wirkungen der Bürgschaft (Müller S. 338). So findet auch Paulsen in den alten Norwegischen und Isländischen Rechten, daß die privatrechtliche Bürgschaftsstellung von der des schon belangten Schuldners und des eines Verbrechen Beschuldigten etwas verschieden gewesen (S. 133 vgl. S. 139).

Einen Unterschied der Art kann man nun aber wohl, abgesehen von singulären Bestimmungen particularer Rechte, nach allgemeinen und unverfälschten Altgermanischen Rechtsbegriffen nicht zugeben. Wie der Civilproceß hier andere Rücksichten, als das Civilrecht überhaupt, veranlaßt haben könnte, läßt sich nicht absehen. Aber ebenso wenig waren ursprünglich im Altdeutschen Rechtsbewußtsein die beiden Gebiete der Civil- und Criminal-Justiz so sehr von einander verschieden und abgesondert, daß dasselbe Rechtsinstitut in dem einen anders wirken oder anders sich hätte gestalten sollen, als in dem andern (vgl. § 75).

Wir wollen indessen, um hier eine größere Gewißheit für unsere Alt-Hamburgischen Rechte zu gewinnen, die sämmtlichen Ordele von 1270 jetzt zusammenstellen, welche von der Bürgschaft handeln. Vorauf mögen die Stellen gehen, in welchen entweder von einer speciellen Civilschuld die Rede ist, oder doch generell von Schuld, darauf die Ordele folgen, worin einer Bürgschaft für gerichtliche Handlungen gedacht wird, und diejenigen den Beschluß machen, welche bestimmt nur von Verbrechen reden.

§ 83.

1. Für eine Civilschuld.

Das Ordel von 1270 IX, 12:

§ 1 Gift een man deme anderen schult vmme gelt, vnde eschet eme borghen to, vnde heuet de andere also vele erues bynnen der stad, also der schult is, de de man eme gift, he ne darf nenen borghen setten.

§ 2 Dwinget ouer ene we dar enbouen, dat schal he beteren mit dren punden.

§ 3 Jt ne si also, dat he dar uore enen borghen eschet hebbe, dat syn erue vnuorset vnde vnuorkoft si.

kommt 1292 C, 21, 1497 C, 7 (nur daß hier für vnuorkoft vnuorplychtet steht) Stat. Stad. VI, 11 (Puf. I app. p. 203 (hat wie Brem., Rig. und Lub. vnversolt für unuorkoft) Rig. 114 (Puf. III, app. p. 260 (lückenhaft) Lub. Hach. III, 363, Brem. d. 1303 Ord. 91 (p. Oelr. 119) d. 1428 III, 4 (p. Oelr. 368) vor. Der erste § entspricht einer ähnlichen Bestimmung im Sachsensp. 2, 5, 1, welche statt erue eigens und statt schult weregeld hat, und den Fall anf beclagen vmme vngerichte stellt. Daß unser ältestes Statut des Wehrgeldes auch hier so wenig, als in dem Ordel VII, 8 (vgl. § 78) gedenkt, kann nicht weiter befremden, da das Statut überhaupt zwar Compositionen, aber ersichtlich nicht in der Auffassung von Wehrgeld, sondern mehr in der allgemeineren Bedeutung beibehalten hat, wo sie eben sowohl Geldstrafen als Geldentschädigungen bedeuten[1]). Aber es ist der Sachsenspiegel hier in seinem Verhältniß zu unserem ältesten Statut als Argument für meine § 82 aufgestellte Behauptung anzuführen, daß man keinen Anstand genommen hat, die Bürgschaftsvorschriften vom Wehrgeld auf Civilschuld und umgekehrt anzuwenden.

Es läßt sich sodann die Frage aufwerfen, warum braucht der säumige Schuldner, falls er also uele erues hat, also der schult is, keinen Bürgen zu stellen? Mir scheint diese Bestimmung einen Beweis mehr dafür abzugeben, daß die persönliche Verhaftung nach Althamburgischem Rechte nur subsidiär eintrat (§ 90). Denn würde in jenem Falle der Schuldner, wie überhaupt Jeder, welcher einen Bürgen zu stellen hatte, dies nicht können, so hätte er selbst Bürge werden, und also nach IX, 13 sich dem Gläubiger selbst zur Haft übergeben müssen (§ 23). Dieser Nothwendigkeit wurde er durch jene Bestimmung überhoben, welche auf demselben Grunde beruht, wie das im § 47

---

1) Wir werden in einem Vortrage über das Alt-Hamburgische Straf-System von den Compositionen umständlicher handeln.

erörterte Ordel von 1270 IX, 19. Im neusten Statut 1, 25, 7 wird die Bestimmung auf die Cautionspflicht des Beklagten iudicatum solvi, also auf ein Verhältniß des gemeinen Processes angewandt, allein diese Erweiterung ist der ursprünglichen Vorschrift, welche mit dem Processe nichts unmittelbar zu thun hatte, durchaus fremd, wiewohl man einräumen kann, daß sie in dem Geiste des alten Rechts liegt.

Der Schluß des Ordels, welcher selbst den erbgesessenen Schuldner verpflichtet, einen Bürgen dafür zu stellen, daß sein Erbe weder verpfändet noch verkauft ist, scheint 1497 schon nicht mehr verstanden zu sein, wo man für das specielle „unverkauft" das generelle „unverpflichtet" substituirte, ohne zu erwägen, daß dann das specielle vnuorsettet überflüssig ward. Mir scheint der Sinn dieses Satzes im alten Ordel dahin zu gehen, daß nicht etwa, wie im neusten Statut 1, 25, 7, vgl. 1, 17, 6, der Gläubiger dadurch Gewißheit erlangen sollte, aus dem Erbe selbst seine Befriedigung zu erlangen — dies würde damit doch nicht erreicht werden, weil die Bürgschaft nur auf die Vergangenheit, nicht auf die Zukunft, nicht darauf ging, daß der Schuldner nun auch nicht etwa künftig mit dem Erbe Etwas vornehmen würde, was dem Gläubiger seine Befriedigung vereitelte —; sondern daß der Schuldner nicht durch eine Verpfändung oder einen Verkauf sich bereits in die Lage versetzt hatte, nach I, 6 (§ 77) das Erbe auflassen zu müssen, und dadurch des Vorrechts eines Erbgesessenen verlustig zu gehen, das speciell auf die Gewehr des Erbes restringirt war.

Uebrigens muß man schon aus diesem Ordel seinem ganzen Zweck und seiner Veranlassung nach die cumulative Natur der Bürgschaft (§ 93) folgern. Denn wenn wir uns darin nicht geirrt haben, daß der Erbgesessene von der Bestellung eines Bürgen darum frei war, weil er sonst unmittelbar selbst hätte haften, und somit sich seinem Gläubiger zur Haft stellen müssen: so wäre die Bestimmung sinnlos gewesen, wenn der Gläubiger nichtsdestoweniger den Bürgen hätte übergehen, und zuerst den Schuldner angreifen dürfen. Auch hier gewinnt das alte Recht noch eine ganz andere Bedeutung, wenn man es auf das uralte Recht der Selbstpfändung und Selbsthülfe zurückführt, und dann erwägt,

daß, um dieses Recht abzuwehren, die subsidiäre Natur der Bürgschaft in diesem Institut nur ein illusorisches Palliativ gegeben haben würde.

§ 84.

Fortsetzung.

Mit dem Ordel IX, 12 ist zu verbinden der erste Theil des Ordels II, 5:

> So welk man uppe eruetynse sit, de ne darf nenen borgen setten vor schult, de men eme gift, de nicht hoger is den syn gud wert is bouen den eruetyns. He mach sik by syneme gude wol beborgen.

Ebenso lautend 1292 D, 5, 1497 C, 8 (nur haben diese für gud: buwe und buwete, Gebäude) Stat. Rig. 26 (Puf. III app. p. 233) Lub. Cod. Hach. III, 268, sonst aber nirgends vorkommend.

Wir ersehen aus der Zusammenstellung der beiden Ordele, daß IX, 12 die Rede war von einem unbeschwerten Grundstücke, wie wir das nennen würden, da hier der Fall, wo ein Erbzins auf demselben ruht, so behandelt wird, daß dann der Schuldner nachweisen muß, wie das Grundstück ausser dem Erbzins noch den Werth der Schuld behält. Daß gud nicht etwa für Gebäude, sondern für ein Grundstück überhaupt gebraucht wird, kommt auch sonst vor, z. B. IX, 7 (§ 55).

§ 85.

Fortsetzung.

Ferner gehört hierher 1270 IX, 10:

> So wor een man des anderen gut beset in desser stad, vnde he enen borgen but, de also vele erues heuet, also syn clage wert is, den schal he nemen. Jt ne were also, dat he dat gud vor duue ofte vor roff anspreke, so ne drofte he dar nenen borgen vore nemen. Vnde wedderspreke he den borgen vmme de anderen sake, dat schall he beteren mit dreen punden.

Der übrige Theil des Ordels betrifft die Verfolgung der Besate, und kann daher hier übergangen werden. Obiger Anfang lautet übereinstimmend 1292 M, 9. 1497 C, 9. Stad. VI, 9 (Puf. I app. p. 202) Rig. 113 (Puf. III app. p. 259) Lub. Hach. III,

361. Verd. 84 (Puf. I app. p. 106) Brem. ord. 89 d. 1303 (Oelr. p. 118) d. 1428 II, 56 (Oelr. p. 365) und d. 1433 ord. 76 (Oelr. p. 536).

Die Langenbeckische Glosse hat zu diesem Theile eine Bemerkung, die nichts weiter Erhebliches enthält, als die Notiz, es sei derselbe mehr von Fremden als von Einwohnern zu verstehen, wie dies sich aus dem Art. C, 6 (1270 IX, 11. 1292 C, 20) ergebe. Dieser Artikel verbietet nämlich den Arrest auf Bürgergut wenn der Impetrat genügendes Erbe oder Erbzins hat.

Wichtiger ist für uns die Frage, aus welchem Grunde diese Bestimmungen, welche wir in dem Ordel IX, 10 antreffen, gegeben sind, und wie es kommt, daß sie Ausnahmsweise in allen erwähnten Rechten und selbst noch in unserem neusten Statut 1, 17, 5 und 7 gefunden werden.

Was nun den Satz anbetrifft, daß der Impetrant gegen genügende Bürgschaft den Arrest aufheben muß, und der Bürgschaft selbst bei einer so namhaften Geldbuße nicht widersprechen darf, so erkläre ich mir ihn, wie überhaupt die Beschränkung des Arrestes und Arrestverfahrens, ebenfalls aus den Nationalrechten, welche den Gegenstand gegenwärtiger Vorträge ausmachen. Die Besate oder Bekümmerung war ein offenbarer Ausfluß des Selbstpfändungsrechtes, wie schon die Etymologie von setten, setzen, bestätigt, welche eine gerichtliche Thätigkeit, wenn nicht gradezu ausschließt, doch mindestens nicht erheischt. Wo dies Selbstpfändungsrecht mit dem Recht der Gewehr, wie hier in dem Falle, da der Schuldner erbgesessen war, in einem eminenteren Grade zusammenstieß, da blieb bei geregelteren Verkehrsverhältnissen nichts übrig, als die Gränzen für beide Rechte zu reguliren, und der Gerichtsgebrauch gab hier, wie auch sonst, der Erbgesessenheit den Vorzug, wenn entweder der Schuldner selbst oder der Bürge, den er für sich stellte, genugsam freies Erbe hatte (§ 67).

Aber eben bei dieser Betrachtung drängt sich wieder die Nothwendigkeit auf, anzunehmen, daß ein solcher Bürge, dessen Annahme zu verweigern verpönt war, und dessen Stellung den Arrest verhinderte oder beseitigte, unmöglich blos subsidiär kann gehaftet haben (§ 83 a. E.). Es würde dadurch auf eine Weise das alte Recht der Selbsthülfe gehemmt worden sein, daß es

unglaublich wäre, wenn sich unsere Vorfahren einen so beschränkenden Gebrauch und Gewohnheitsrecht selbst sollten auferlegt haben. Andrerseits führt jedoch diese Betrachtung dahin, die Beibehaltung eines Princips in unserer Zeit, wo die Rücksichten auf das alte Nationalvorurtheil längst in den Hintergrund getreten sind, und wo man die Schonung und Exemtion der Erbgesessenen sogar als ein gehässiges und ärgerliches Privilegium anzusehen keinen Anstand gefunden hat, zu verwerfen. Um so auffallender muß es uns sein, daß das neuste Statut 1, 17, 5, übrigens (Gries Comm. 1, 63) aus der Nürnb. Reform. von 1564 entlehnt, die Bezugnahme auf den erbgesessenen Bürgen aus dem alten Ordel beibehalten hat, nachdem das Römische Recht der Bürgschaft bereits die cumulative Natur genommen hatte, somit der Impetrant ungünstiger gestellt ist, wenn er sich statt eines realisirbaren Arrestgegenstandes einen (wenigstens den Worten der Vorschrift nach) sogar blos einfachen Bürgen gefallen lassen muß. Man erkennt hier wieder, wie gedankenlos die Redaction des neusten Statuts altes einheimisches mit Römischem Recht vermengt hat.

Auch die Frage, warum wer das bekümmerte Gut als Duve oder Raub anspricht, nicht nöthig hat, einen Bürgen anzunehmen, und den Arrest dagegen zu relaxiren, beantwortet sich nicht anders, als aus der Betrachtung der alten Nationalrechte. Es würde sonst ein Räthsel, ja eine Absurdität sein, den wegen Diebsgut blos Angesprochenen ungehört und ohne Weiteres ungünstiger zu stellen, als irgend einen andern Schuldner.

§ 86.

Fortsetzung.

Wir können hier am passendsten zwei Ordele anschließen, welche zusammengehalten werden müssen, um daraus uns neue Aufschlüsse über solche Altdeutsche Rechtsverhältnisse zu verschaffen, welche bisher wenig ihren letzten Gründen nach erforscht sind.

Die Ordele finden sich beide 1270 in demselben Stück, nämlich IX, 8 und 13.

IX, 8 lautet:

§ 1 Eyn jewelik man vnbeseten mit erue schall borghe setten vor schult, den men eme gift, vnde de schult schal men deme borghen nomen.

§ 2 Mer ne heuet en man nenen borghen, so schal de wolt-bode ene setten in dat yseren, wente to deme nagesten dinge. Vnde so schal ene vore eschen de ene darin het setten.

§ 3 Vnde ne deit he des nicht, vnde let he ene sitten ouer dingdach, he schal darvmme wedden XII schillinge. Vnde let he ene anderwerue sitten ouer dingdach, he schal ouer wedden XII schillinge. Vnde let he to deme drudden male ene sitten ouer dingdach, dat schal he echt beteren mit XII schillingen, it ne si also, dat it eme not hebbe dan. Vnde de not schal he benomen, vnde schal vppe den hilgen sweren, dat it eme de not hebbe dan. Vnde de man schal ledich vnde los wesen van siner clage.

§ 4 Mer set en man den anderen in dat yseren weldeliken, de borgen but, vnde de andere den borgen vntseget, de schal dat beteren mit dreen punden.

1292 M, 7 hat § 3 a. E. statt des Schlusses vnde de man ꝛc.: darmede heft he sine claghe nicht uerlorn [1]). Ebenso 1497 C, 10, wo § 4 für vntseget liest myshaghet (Rig. liest vorspreckt). Die Vorschrift des § 2 findet sich noch in der Gerichtsordnung von 1560 10, 4, im Receß von 1603 Art. 2 und im Statut von 1605 1, 25, 8 vgl. 1, 41, 11 und daselbst die Commentatoren. Mit unserem

---

1) Man sieht, schon 1292 verstand man das alte Ordel nicht mehr, das offenbar den Satz Vnde de man ꝛc. an die dreimalige Contumaz anschließt, und die Vorschrift wegen der Ehehaft (not) als Zwischensatz behandelt. Es ward das Recht des Gläubigers, seinen Schuldner in Haft zu setzen, theils dadurch beschränkt, daß er in Wedde und Buße verfiel, wenn er die Sache nicht an den nächsten Gerichtstagen vor Gericht anhängig machte, theils dadurch, daß sein Schuldner nun frei war von Schuld und Klage. Man kann nicht annehmen, daß man 1292 und 1497 hierin etwas hat ändern wollen, sondern es sollte wohl nur ausgesprochen werden, daß der Kläger im Nothfalle nicht, also sonst allerdings seine Klage verloren habe. Die Langenbeckische Glosse zu 1497 C, 10 bestätigt diese meine Auffassung ausdrücklich.

Ordel von 1270 stimmen Stat. Stad. VI, 7 (Puf. I app. p. 201) Rig. 111 (Puf. III app. p. 259) und Lub. Hach. III, 359 überein.

Damit ist das Ordel IX, 13 zu vergleichen:

So we schult vorderet vppe enen man, de nicht gelden ne mach, noch borgen setten mach, vnde bekent he der schult: de voghet schal eme den man antworden vor syn gelt, vnde den schal he holden vnvorderst vnde mit spise gelik syneme gesynne. Wil he ok ene spannen mit ener helden, dat mach he wol don. Anders ne schal he ene nicht pynen.

§ 2 Let he ok ene gan mit willen, dat he eme dach gift, edder vntlopt he eme sunder synen danch, darmede ne he is he nicht ledich. Al de wile dat he eme nicht ne gelt, so is he iummer syn pand vor dat gelt [2]).

Der Rest des Ordels beschäftigt sich mit den Frauen, und hat hier für uns kein besonderes Interesse.

Es ist schon von Andern anerkannt, daß unser Ordel IX, 8, 2 mit dem Sachsenspiegel 1, 61, 1 und das Ordel IX, 13, 1 und 2 mit demselben 3, 39, 1 und 2 zusammentrifft. Allein man hat nicht hervorgehoben, daß der Sachsenspiegel 1, 61, 1 das Uebergeben in die Gewalt des Frohns auf den Fall beschränkt, oft he vmme vngerichte klaget oder die klage vp ene gat, und 3, 39, 1 ausdrücklich vor gerichte vorderet sagt, und nur dem richtere die Gewalt ertheilt, den Mann für die Schuld zu überantworten. Ich möchte aber eben das höhere Alter unserer Ordele darin finden, daß sie von einer Schuld im Allgemeinen reden, und ganz offenbar [3]) die aussergerichtlichen Befugnisse eines Gläubigers, das alte Recht der Gewalt und Selbsthülfe, der Selbstpfändung bestimmen sollen. Nur mit dem gräflichen Vogt, dessen Schattengewalt übrigens im dreizehnten Jahrhundert nicht

---

2) Vgl. oben § 5. 23 und 36. Im § 5 habe ich auch die Parallelstellen nachgewiesen. Ferner ist hier Cropp Crim. Beitr. 2, 2, 267 zu vergleichen.

3) Das vorderen IX, 13 enthält freilich ursprünglich den Begriff der Vorladung vor Gericht; allein es wird in unserem Statut generell von einem Civilanspruch, er geschehe gerichtlich oder aussergerichtlich, gebraucht, vgl. meine Vorträge 1, 2, 358, und oben § 50.

viel mehr zu sagen hatte, aber dessen Zuziehung dem Uebergriffe der Selbsthülfe einigermaaßen Ziel und Schranken setzen konnte, und den man eben deshalb vielleicht ausdrücklich vorschob, weil man anders der alten Volkssitte nicht beizukommen sich getrauete, durfte der Gläubiger sich der Person seines Schuldners für den Fall bemächtigen, daß dieser sich zwar zu der Schuld bekannte, allein weder erbgesessen noch im Stande war, einen Bürgen zu stellen. Den Personalarrest konnte er auf zweierlei Weise erlangen, entweder daß er ihn in das Haus des Gewaltboten [4]) setzen, oder sich in sein eigenes Haus überantworten ließ.

Die Bestimmung des Sachsenspiegels, daß wer wegen Verbrechen klagt, und nicht Erbe noch Bürgen hat, in Haft wandern muß, gehört offenbar einer viel späteren Zeit an, als aus welcher unsere Ordele stammen, woraus übrigens für das höhere Alter unserer Sammluug von 1270 gegen den Sachsenspiegel nichts folgt, da hier nur von einzelnen Ordelen, nicht von der ganzen Sammlung die Rede ist.

Lappenberg hat die Aehnlichkeit des Ordels IX, 13 mit dem alten Lübischen Recht Cod. Hach. I, 69. II, 200 nachgewiesen (vgl. Vorr. zu den Hamb. R. A. S. LIX), und giebt mir damit Veranlassung zu der Bemerkung, wie der alte Lateinische Text I, 69 noch deutlicher und entschiedener es bestätigt, daß diese Vorschrift durch die alten Rechte der Gewalt und Selbsthülfe veranlaßt ist. Es ist dort ausdrücklich gesagt, daß das Stadtrecht den Schuldner nicht hindert, sich durch die Flucht seine Freiheit wieder zu verschaffen.

Auch in dem Ordel IX, 8 findet sich ein Argument für die principale Mithaft des Bürgen. Wenn er nämlich nur subsidiär hätte aufzukommen gehabt, so wäre es nicht wohl erklärlich, warum das Ordel darauf so bestimmt bestanden hätte, es solle dem Bürgen die Schuld benannt werden, was ja sonst, vgl. VI, 33 (meine Vorträge 1, 2, 352), erst dann geschehen mußte, wenn Jemand vor Gericht angesprochen ward.

---

4) Vgl. darüber das Umständliche in meinen Vorträgen von den Strafen in Hamburg.

§ 87.
Fortsetzung.

Zur Bürgschaft in Civilverhältnissen gehören noch folgende Ordele, die wir der Kürze wegen zusammenfassen:

1270 III, 1:

So wor een man vnde eene vrouwe an echtschop tosamende komet, vnde so we borge wert vmme de medegift an jeweder syde, den schal men beclagen bynnen tween iaren; vnde beclaget men ene nicht bynnen der beschedenen tyt, he schal dar aft ledich wesen, it ne sy also dat he dor bede willen ofte dor vruntschop willen mit leue hebben laten stan.

Ebenso 1292 E, 1, 1497 J, 2, auch dem Princip nach 1605 II, 11, 10 (vgl. Gries Comm. 2, 26). Stad. II, 1 (Puf. I app. p. 178, wo aber statt der zwei Jahre die Frist auf Jahr und Tag beschränkt ist) Rig. 27 (Puf. III app. p. 233) etwas corrumpirt Lub. Hach. III, 269. Das Princip dieses auch im Excurse zu § 3 zu erwähnenden Ordels weicht vom Römischen Rechte ab, sofern dies nicht gestattet, daß der Mann der Frau wegen ihres Eingebrachten Bürgschaft stellt l. 2 C. ne fideiuss. dot. dentur (5, 20), und auch vom eigentlich Lübischen Recht Cod. II, 1 und 14, sofern dieses überhaupt den Anspruch der Mitgift, unser Ordel aber nur die Bürgschaft auf zwei Jahre beschränkt. Lappenberg meint Vorr. zu den Hamb. R. A. S. LXI, das Lübische Recht habe bei seiner Restriction auf die Ehrfurcht Rücksicht genommen, die man den Eltern schuldig ist, während das Hamb. Recht nur die Nachlässigkeit ahnden wolle, wenn man den Bürgen in Anspruch zu nehmen verabsäume. Hiernach würde man dem Lübischen Recht mehr Pietät einräumen, und dem alten Hamburgischen hier einen Verjährungsgrund unterschieben, von dem es sonst nichts weiß. Ich kann weder das Eine noch das Andere zugeben. Wenn man Cod. Hach. II, 14 betrachtet, wo gar nicht von Eltern, sondern von dem Falle, da Kinder in der Wehre zusammenbleiben, und aus derselben die Mitgift ausgerichtet werden soll, oder unser Statut von 1270 VI, 32, wo davon die Rede ist, daß eine Frau, die von ihrem ersten Manne nichts erbte, mit Hülfe ihrer Blutsverwandten (Vrunde)

berathen, d. h. ausgestattet wird: so fällt das Pietäts-Argument schon ohne Weiteres hinweg, und nirgends finde ich in der Verjährung, die unser ältestes Statut kennt, eine Rücksicht auf den Gläubiger oder dessen Unthätigkeit genommen, ausser dem Nothfalle, um sich gegen die Verjährung zu schützen, sondern immer nur auf den Schuldner und dessen fernere Sicherstellung vor Ansprüchen. Erwäge ich nun, daß Bürgschaft ein cumulatives und accessorisches Rechtsgeschäft im Alt-Hamburgischen Recht ist; so möchte ich aus unserem Ordel annehmen, auch bei uns sei der Anspruch auf Mitgift überhaupt nur binnen zwei Jahren geltend zu machen gewesen, wenn man sich nicht freiwillig (oor bede willen ꝛc.) über etwas Anderes verständigt hatte, und darum habe auch der Bürge nicht länger zu haften gehabt. Ueber den Grund, warum in zwei Jahren die Mitgift verlangt werden mußte, läßt sich nur die Hypothese aufstellen, daß über die Zeit hinaus sich nicht das Bedürfniß einer Mitgift für die Lasten der Ehe behaupten ließ.

Hier wäre denn auch noch das Ordel **1270 VI, 23** über die Bürgschaftsbestellung des Käufers zu erwähnen, das schon oben § 55 seine Erläuterung gefunden hat, und für uns hier abermals einen Beweis von der principalen Haft eines Alt-Hamburgischen Bürgen abgiebt, indem nur dann der Verkäufer eine Bürgschaftsbestellung soll fordern dürfen, wenn es dem Rathe bekannt ist, daß der Käufer stadtflüchtig zu werden beabsichtige, wenn also insgemein dem Verkäufer nichts anders übrig bleiben wird, als sich an den Bürgen zu halten, um den Kaufpreis zu erlangen.

Wir schließen hier mit einem äusserst schwierigen Ordel **1270 IX, 7, 1:**

> Bynnen dessер stad schal en iewelik man rechtes plegen vmme schult, de eme geuen wert, vor rechte, sunder vmme louede vnttruwen. Wente en iewelik man mach wol gan uppe sine truwe, also lange went men ene schuldeget vmme sine truwe; he ne darf ok nenen borghen setten.

Es findet sich buchstäblich ebenso **1292 M, 6. Stad. VI, 6 (Puf. I app. p. 201) Rig. 110 (Puf. III app. p. 258) (nur für**

louede vnttruwen: gelofte an truwen) Lub. Hach. III, 358 (vmme louede truwe).

Unser Statut von 1497 hat nach vorrechte:

Sunder he en moge syck myt vorbelaueder sekerheit rechtes erweren; so dore he nycht antworden, noch borghen setten, dewyle he de truwe suluest nycht krenket ofte vorboret.

Es entsteht die Frage, was ist das für ein Fall, welcher hier als Ausnahme von der Regel, daß Jedermann hierselbst vor Gericht wegen einer Schuldforderung sich stellen und einen Bürgen setzen soll, wenn er nicht selbst zur Haft gebracht werden will (vgl. IX, 8 und 13 § 86), — behandelt wird?

Lappenberg Vorr. zu den Hamb. R. A. S. LXXV meint, wenn Jemand an einem noch nicht fälligen Termin zu zahlen eidlich gelobt hatte. Er versteht so den undeutlichen Ausdruck lovede untruwe, verglichen mit 1497 B, 15.

Dieser Interpretation kann ich nicht beipflichten. Es ist überall mislich, aus dem Statut von 1497 oder der Glosse dazu die älteren Ordele zu erläutern, da wir schon häufig gefunden haben, daß man diese bereits 1497 nicht mehr richtig verstand. Ueberdies haben wir schon § 55 aus 1270 VI, 23 einen Fall nachgewiesen, wo selbst vor dem stipulirten Termine Bürgschaft bestellt werden mußte, und sonst das Selbstpfändungsrecht seinen freien Lauf behielt. Auch bedient sich unser ältestes Statut ganz anderer Ausdrücke, um eine befristete Forderung zu bezeichnen vgl. z. B. VI, 22.

Wir werden also in dem louede untruwen oder, wie das Rigaische Statut liest, gelofte an truwen eine ganz besondere Zusage annehmen müssen, wobei auch von einer Beeidigung abstrahirt werden muß, da wir schon sonst gesehen haben, daß louen einfach versprechen in unseren Statuten bedeutet (vgl. § 78). Faßt man den Grund ins Auge, den das Ordel selbst für seine Ausnahme angiebt, daß nämlich Jedermann wohl gehen könne uppe sine truwe, so lange man ihn anspricht vmme sine truwe; so muß das Eigenthümliche des Ausnahmsfalles in dem untruwe, nicht in dem louede oder gelofte gesucht werden. Selbst das Statut von 1497 scheint mit dem Ausdruck truwe eine be-

sondere Sicherheit bezeichnen zu wollen. Mir scheint unter diesen Umständen aus dem Sachsenspiegel das richtige Verständniß des Falles entnommen werden zu müssen. Es heißt nämlich dort 3, 41, 2:

Svat die man sveret unde entruwen lovet, sinen lief mede to verstene oder sin ghesunt, al ne mach he's nicht gelesten, it ne scadet ime to sime rechte nicht.

En truwen auf Treue, vgl. Homeyer Register S. 380. Man verstand also unter einem Versprechen auf Treue die Zusage auf Leben und Gesundheit, und erachtete diese nicht weiter vor Gericht verbindlich, vermuthlich weil eben weder das alte Recht der Gewalt noch jetzt die Gewalt des Gerichts bei einfachen Schuldsachen nicht auf Leben und Gesundheit des Schuldners sich erstreckte, so wie denn selbst der Gläubiger den verhafteten Schuldner nicht peinigen durfte, vgl. IX, 13 (§ 86). Hatte der Gläubiger sich ein solches Versprechen geben lassen, so ging dies auch nicht weiter, und wenn er sonst bei Bekenntniß der Schuld Bürgen und Haft erzwingen konnte, so ging jetzt der Schuldner auf die Treue, weil sich die Behauptung des Klägers speciell hierauf richtete.

§ 88.

2. Im Proceß.

Wir kommen jetzt zu den Bürgschaften im Proceß. Hier stehen im sechsten Stücke des Status von 1270 drei Ordele zusammen, die hierher gehören: 24, 25 und 26, und damit sind noch zwei Vorschriften zu verbinden, die zuerst 1292 A, 11 und M, 26 vorkommen.

VI, 24:

So we enen man borget vor richte to bringende, vnde kumpt de man vore sunder sinen borgen, vnde vorbut sik erst dat ding, vnde middelst dat ding vnde lest dat ding, vnde mach de borge des vullenkomen mit tuge, he is ledich van der borgetucht.

Ebenso 1292 G, 21 a. 1497 C, 12. 1605 1, 25, 9. Stad. V, 23 (Puf. I app. p. 196) Rig. 81 (Puf. III app. p. 249) Lub. Hach. III, 319. Auch in den Zusätzen zum Sachsenspiegel 3, 9, 3 vgl. Lappenberg Vorr. zu den Hamb. R. A. S. LXIV.

Nach einigen Lesarten und nach dem Sachsenspiegel ist der Bürge schon frei, wenn sich der Verbürgte auch nur einmal vor Gericht stellt, und man muß dies so natürlich finden, daß man nicht begreift, wie der Bürge nach der von uns recipirten, von den meisten Autoritäten unterstützten Lesart erst dann liberirt sein soll, wenn der Verbürgte sich dreimal ohne ihn eingefunden hat. Ueberhaupt sollte man meinen, der Satz verstehe sich so sehr von selbst, daß er ganz überflüssig ist, und seine Wiederholung in allen unseren Stadtbüchern auffällt. Denn wer sich nur verbürgt, Jemanden vor Gericht zu bringen, dessen Verbindlichkeit dürfte damit erledigt zu sein scheinen, wenn der Verbürgte auch nur einmal sich einfindet. Allein hier erkennt man die accessorische Eigenschaft der Bürgschaft, vermittelst welcher sie von der Hauptverbindlichkeit ihre Richtung erhält. Wenn sonach der Verbürgte sich diesmal vor Gericht einzufinden hat, so muß sein Bürge für alle drei Male aufkommen, und ist erst dann der Pflicht ledig. Dagegen ist aber seine Bürgschaft nicht dahin zu verstehen, als ob er grade gehalten wäre, ihn vor Gericht zu sistiren, und er somit nicht liberirt würde, wenn der Verbürgte sich auch dreimal ohne den Bürgen sistirt hätte. Deshalb mag das Ordel auch wohl als besonders wichtig angesehen worden sein.

1270 VI, 25:

§ 1 Borget en man den anderen to beschedener tyd vor rechte to bringende, vnde steruet de borgede man vnder der tyt: de borghe darf nene not darvmme liden [1]), mach he dat tugen; vnde des döden eruen scholen doch de schult gelden de sin erue upboret.

§ 2 Sterft perd ofte quik dat geborget is, de man bringe de hud vore, vnde wese ledich van allen stucken.

Fast ebenso 1292 G, 21 b. 1497 C, 14. 1605 1, 25, 12, 13. Stad. V, 24 (Puf. I app. p. 197) (welches nach tugen sunder uorghelt liest, wie in einer Hamb. Handschrift und im Lüb. Statut auch steht: sunder uorgelt) Rig. 82 (Puf. III app. p. 249) Lub. Hach. III, 320.

Lappenberg Vorr. zu den Hamb. R. A. S. LXIV hebt dieses Ordel als wörtlich mit dem Sachsenspiegel 3, 10 überein-

1) Vgl. über diesen Ausdruck § 9.

stimmend hervor. Dies ist nun wohl eigentlich etwas zu viel gesagt. Es ist vielmehr hier wie so oft der Eindruck, den die Uebereinstimmung macht, kein anderer, als wie bei derjenigen von aus dem Gedächtnisse aufgefaßten und nun von verschiedenen Personen niedergeschriebenen Ueberlieferungen. Es läßt sich so wenig von unserem Ordel sagen, daß der Verfasser desselben den Sachsenspiegel dabei vor Augen gehabt, oder auch nur zu Rathe gezogen habe, wie sich eine umgekehrte Behauptung von der Repkowischen Arbeit aufstellen ließe.

Was zuvörderst als der bedeutendste Unterschied uns hier interessirt, das ist eben wiederum ein Unterschied, den der Sachsensp. zwischen einer Klage vm vngerichte und vmme scult macht. Unser Ordel spricht ganz entschieden nur von einem Civilanspruch. Daher findet sich auch in dem unsrigen nicht der Fall, daß der Bürge, um seiner Bürgschaft ledig zu sein, seinen Mann todt vor Gericht bringen soll. Zwar ist unsere Praxis sogar, wie ich an mehreren Beispielen nachgewiesen habe, Vorträge I, 2, 446 ff., so weit gegangen, Todte zu bestrafen, aber an diesen Extravaganzen ist unser Statut unschuldig.

So viel ist auch wieder aus diesen Bestimmungen ersichtlich, daß der Bürge nicht subsidiär gehaftet haben kann, ja daß, wie es scheint, die alten Ordele diesem Gedanken nicht im Entferntesten Raum gegeben haben. Unser Ordel hat offenbar den Fall vor Augen, daß Jemand wegen einer Civilschuld war vor Gericht gefordert worden, und ein Dritter sich dafür verbürgt hatte, ihn vor Gericht zu stellen. Nun wird man den Zweifel aufgestellt haben, ob der Bürge, wenn der Beklagte vor dem Termin starb, nicht wenigstens für den Anspruch, der erhoben war, gehaftet hatte. Diese Frage wird verneint; aber wenn auf der einen Seite der Bürge auch nicht weiter selbst aufkommen soll, so ist doch des Gläubigers Anspruch darum noch unverloren, indem des Schuldners Erben ihn befriedigen müssen.

Hiermit sind zwei Ordele zu vergleichen, die wir zuerst in unserem Statut von 1292 A, 11 und M, 26, und zwar dort von neuerer Hand hinzugeschrieben, antreffen. Das erstere ist 1497 C, 5 und 1605 1, 25, 1 wiederholt, 1497 mit einem

Zusatze, der, wie die Glosse bestätigt, aus dem Römischen Rechte entlehnt ist. Das Ordel lautet 1292:

Welk man de desser stad borgher nicht en is, vnde in desser stad nicht is beseten, he sy gheistlik edder werlik, de sake wil vor deme rade edder desser stad richte mit rechte vorderen: de schal uor allen saken uorborghen mit erfsetenen borgheren binnen desser stad, wes eme in den saken, de he also uorderet, van deme rade desser stad uor recht wert afghelecht vnde scheden, dat he sik darane wille vnde schole noghen laten to eneme ghantzen ende.

Dazu der Zusatz von 1497:

Mach och de clegher nene borghen hebbea, vnde dat mit rechte wyl holden: so steyt yd wol by deme rade, oft me synem wylkore ofte eede schole louen, na gheleghenheyt der sake vnde personen.

Um den noch in neuster Zeit misverstandenen Sinn dieses alten Ordels richtig aufzufassen, ist es nothwendig, sich klar zu machen, was das Object und der Zweck der hier von dem Kläger, als nicht erbgesessen und nicht Bürger, geforderten Bürgschaft ist. Er soll verbürgen, daß er sich an dem Urtheil unseres Gerichts oder unseres Raths will genügen lassen, und ihrem Spruch sich unterwerfen. Es führt dies in die Zeit zurück, wo die Competenzbegriffe noch nicht vollständig geordnet waren (vgl. meine gedruckten Vorträge 1, 2, 216 ff.), wo auch der Rath noch zu besorgen hatte, um seiner Entscheidungen willen von Privaten befehdet zu werden (vgl. 1292 N, 9), und wo vielleicht auch der Grund seinen Einfluß ausübte, daß der Rath eine richterliche Unabhängigkeit vom Kaiser anstrebte. Die Bürgschaft, die jener Kläger zu stellen hatte, lag daher nicht in der Willkühr des Beklagten, sie war von dessen Einrede unabhängig, betraf weder die Kosten noch die Fortsetzung des Rechtstreits, und überdies war sie ihrer Natur nach eine selbstschuldige, eben weil angenommen wird, der Kläger sei ein Auswärtiger.

Aber von der absoluten, nicht der Willkühr des Beklagten unterworfenen Nothwendigkeit dieser Bürgschaft hatte man in dem Statut von 1497 nur noch, nicht aber in der Glosse dazu eine Vorstellung, und wenn schon diese Glosse jene Bürgschaft des

Klägers nur darauf noch stellt, vmme syne clage tho uorfolgende, so darf es uns nicht Wunder nehmen, daß das neuste Statut von 1605 1, 25, 1 darin nur die gemeinrechtliche Caution de lite prosequenda et pro expensis erblickt hat, und selbst die Depositon einer Geldsumme oder ein Pfand genügend erachtet.

In dem erwähnten Zusatz läßt sich in sofern Römischer Einfluß nachweisen, als man darin schon auf die Möglichkeit Bedacht nimmt, dem Kläger unter Umständen die Bürgschaft zu erlassen, was die Glosse aus gemeinen Rechten herleitet. Allein der ursprüngliche Sinn der alten Vorschrift ist noch darin zu erkennen, daß der Rath es sich vorbehält zu bestimmen, ob er es angemessen erachtet, dem Kläger die Bürgschaft gegen seinen Eid zu erlassen. Auch sieht man aus der Glosse, daß die Praxis derzeit die Sache noch nicht weiter ausdehnte. Hiergegen ist 1, 25, 3 1605 die alte Vorschrift ganz in der gemeinrechtlichen juratorischen Caution für Kosten, Fortsetzung des Processes und Wiederklage untergegangen, und damit auch das Charakteristische, daß es nun einerseits ein Recht des Klägers ist, zu dieser Caution zugelassen zu werden, wobei dem Rath kein Widerspruch mehr zusteht, andrerseits die Caution von der Willkühr des Beklagten abhängt, in dessen Macht es steht, sie zu erlassen.

In der heutigen Praxis ist es ein auch in Gries Commentar 1, 97 Anm. *) anerkannter Gerichtsgebrauch, daß nur erbgesessene Bürgen zu der Caution für den Kläger zugelassen werden. Wenn aber in Gries Commentar a. a. O. behauptet wird, dieser Gerichtsgebrauch sei aus reiner Willkühr hervorgegangen: so muß einer solchen Behauptung widersprochen werden. Es läßt sich, wenn man die Materie in ihrem geschichtlichen Zusammenhange auffaßt, nicht verkennen, daß der Gerichtsgebrauch in der alten Bedeutung der Caution wurzelt, wo sie allerdings eine politische Beziehung hatte. Diese hat unser neustes Statut 1, 25, 1 in sofern ausdrücklich beibehalten, indem es einen Vorstand mit „erbgesessenen Bürgern dieser Stadt" vorschreibt, und es ist um so weniger der Gerichtsgebrauch aufzugeben, da es uns theils nicht zukommt, eine gesetzliche und fortwährend beobachtete Vorschrift darum zu verlassen, weil ihr ursprünglicher Rechtsgrund weggefallen, und sie im Gesetz nur in Folge einer

unklaren Auffassung des gegenwärtigen Rechtszustandes stehen geblieben ist, theils aber auch die buchstäbliche Anwendung der übrigen Vorschrift den Beklagten nicht vor der Gefahr schützt, daß einer der erbgesessenen Bürger nicht im Laufe des Processes aufhört, erbgesessen zu sein, ohne daß der Beklagte davon Kunde erhält, man also um so mehr Ursache hat, wenigstens bei der Bestellung der Caution streng auf das Gesetz zu halten. Das in Gries Commentar a. a. O. benutzte Argument, daß die gewöhnliche Cautionssumme des Klägers nicht über 300 ℔ betrage, reicht nicht aus, da der Beklagte sich offenbar bei einer solchen baaren Caution besser steht, als bei der Bürgschaft Erbgesessener. Die neueren gerichtlichen Entscheidungen, deren Gries S. 98 gedenkt, treffen hier das Richtigere.

Das Interesse der Materie mag das längere Verweilen dabei hier entschuldigen. Wir wenden uns jetzt zu dem zweiten Ordele von 1292 M, 26, das sich auch 1497 C, 13 und 1605 I, 25, 10 findet, und so lautet:

> Welk man den anderen borghet uor richte to bringhende, umme welkerhande zake dat zy, de schal ene uor richte bringhen to deme naghesten richte; deyt he des nicht, dat schal he beteren myt veer schillinghen. So schal he ene auer to deme anderen richte uorebringhen; deyt he des nicht, dat schal he auer beteren myd veer schillinghen. So schal he ene auer to deme drudden richte uorebringhen; deyt he des nicht, dat schal he auer beteren myd ueer schillinghen, vnde schal denne uort antworden uor denghenen den he gheborghet heft, to liker wiis oft he suluen ieghenwardich were, demeghenen deme he en afgheborghet heft.

Die Langenbeckische Glosse enthält zu diesem Artikel so triviale Bemerkungen, daß wir sie füglich mit Stillschweigen übergehen können. Selbst das Präjudicat von 1501 in Sachen Hans Eggerdes gegen Hans Schulhouede wegen Johann Kanters, für den er gebürgt hatte, den er aber nicht vor Gericht bringen konnte, und wo der Bürge die ganze Schuld bezahlen mußte, wegen welcher sein houetman (der Hauptschuldner, würden wir sagen) beschuldigt war, enthält nichts besonders Merkwürdiges,

da es sich nach den bisher mitgetheilten Ordelen von 1270 von selbst versteht.

Dagegen ergiebt sich aus jenem Artikel die keineswegs subsidiäre, sondern principale Mithaft des Bürgen, der, wenn er nicht den Schuldner versprochenermaaßen vor Gericht stellte, sofort in Wetten verfiel, und im dritten Termine ohne Weiteres für ihn antworten oder auch Zahlung leisten mußte.

Zu den Proceßbürgschaften gehört endlich noch das Ordel von 1270, VI, 26:

1270 VI, 26:

So we borge wert vor eede, vnde steruet degenne de den eed don schal: syn erue ofte syn borge schal den eed don to gelouedер tyt, ofte de schult is uppe den borgen wunnen, de vor den eed gelouet hadde.

Ebenso 1292 C, 24. 1497 C, 15. 1605 I, 25, 14. Stad. V, 25 (Puf. I app. p. 197) Rig. 83 (Puf. III app. p. 249) Lub. Hach. III, 321. Endlich auch unter den Zusätzen zum Sachsenspiegel 3, 11.

Es ist hier bemerkenswerth, daß bestimmt ausgesprochen wird, des Eidpflichtigen Erbe oder Bürge müssen den Eid leisten, wenn der Letztere nicht haften wolle für die Schuld, die durch den Eid abgelehnt werden sollte, etwa in Fällen, wie sie oben § 9 aus anderen Ordelen nachgewiesen sind. Es ist also auch hier keine Spur von dem blos eventuellen Haften des Bürgen.

Aus den drei Ordelen von 1270 ergiebt sich zugleich, wie keineswegs von der Bürgschaft für den bereits belangten Schuldner gesagt werden kann, daß sie von der für eine Civilschuld irgend abweichend gewesen (§ 75. 82). Dort wie hier reducirte sich die Haftpflicht des Bürgen auf eine bestimmte Geldsumme, und das Höchste, wozu er angestrengt werden konnte, war die Bezahlung derselben, er mochte sich nun verbürgt haben dafür, daß der Schuldner sich überhaupt, oder innerhalb einer bestimmten Frist vor Gericht stellen, oder daselbst einen Eid leisten würde.

§ 89.

3. Für Verbrechen.

Dies bahnt uns den Weg zu der Bürgschaft für Verbrechen. Wir haben hier vier Ordele zu berichten:

1270 IX, 9:

Vor duue vnde vor mort vnde vor roff vude des gelike ne mach nen man borge werden, de mit der schult begrepen is.

Ebenso 1292 M, 8. 1497 C, 11 (unerheblich im Ausdruck variirend) 1605 II, 6, 1 med. (vgl. I, 17, 7 und IV, 44). Receß von 1410 Art. 1, von 1529 Art. 2, von 1603 Art. 3. Stad. VI, 8 (Puf. I app. p. 202 mit dem offenbar neueren und ungewöhnlichen Zusatze: the raet ne gheue dhar orlof to [1])) Verd. Stat. 146 (Puf. ibid. p. 124) Rig. 112 (Puf. III app. p. 259) Lub. Hach. III, 360. Brem. von 1303 Ord. 88 (Oelr. p. 118) von 1433 Ord. 97 (Oelr. p. 547). Das Princip in anderen Worten findet sich auch im Sachsensp. 3, 34, 1.

Es ist gewiß nicht überflüssig, die Frage aufzuwerfen, wie es kommt, daß von allen Bürgschaftsregeln grade diese mit einer solchen Aengstlichkeit in allen diesen verwandten Statuten eingeschärft wird. Man sollte meinen, es habe sich von selbst verstanden, daß wer auf handhafter That wegen eines Diebstahls, Raubes, Todtschlags oder solcher Verbrechen betroffen war, wo also der Beweis in den äussern Momenten klar gegen ihn vorlag (vgl. meine Vorträge 1, 2, 404 ff.), wo angenommen wurde, als ob unter den Augen des Gerichts selbst das Verbrechen verübt war, nicht zur Stellung einer Bürgschaft zugelassen werden konnte, ohne daß deshalb irgend ein Bedenken zu erwarten war. Es scheint mir auch hier vor der Hand zu liegen, daß nur das alte Nationalrecht der Selbsthülfe, der aussergerichtlichen Erledigung selbst von Criminalsachen hier den Schlüssel zu einem sonst unauflöslichen Räthsel darbietet. Sogar der wegen eines Verbrechens Angeklagte hätte sonst sich durch Stellung eines Bürgen aus der Reihe seiner Conjuratoren der gerichtlichen Verfolgung entziehen können. Deshalb hatte das Princip des Ausschlusses der Bürgschaft eine solche Wichtigkeit. Andrerseits lag darin ein Beweis von den Vorzügen, deren der Ankläger genoß, und die so weit gingen, daß, wenn er auch nur die Sache als Diebstahl oder Raub an-

---

1) Vielleicht bezieht sich dies auf den Fall der Bremer Statuten, dessen Cropp Beitr. 2, 2, 378 gedenkt.

sprach, er sich eine Verbürgung nicht brauchte gefallen zu lassen vgl. § 85 a. E.

Aber nur in solchen Criminalfällen, wo Leibesstrafe darauf stand, war die Bürgschaft ausgeschlossen, woraus man abermals ersieht, daß bei uns schon im dreizehnten Jahrhundert eine Bürgschaft überhaupt nur da stattnehmig war, wo ihr Object in Geld bestimmt werden konnte. Denn nur in des gelike, wie unser Ordel sagt, fiel Bürgschaft hinweg. Unser neustes Statut erläutert dies in Uebereinstimmung mit den Recessen von 1529 Art. 2 und von 1603 Art. 2 dahin, daß, „wären die Verbrechungen so beschaffen, daß sie nicht an Leib und Leben gingen, dafür Bürgen genommen werden können, welche sich zu einer gewissen Pön obligiren müssen."

Es ist also auch hier ersichtlich, daß die Bürgschaft in Criminalsachen nicht wesentlich von der Bürgschaft im Proceß oder in Civilsachen verschieden ist. Wenn die Nordischen Rechte hier Abweichendes ergeben, so werden sie darin wenigstens nicht von unseren Rechten und deren Verwandten unterstützt.

Die beiden andern hier zu erwähnenden Ordele kommen erst im Statut von 1292 vor.

1292 M, 24 vgl. 1497 F, 9:

So wor ein use borghere oder vrowe is, dhe inghesinne heuet, dhe in eren brode sin, vnde sloghen se eren hereu oder ere urowen, id were bi daghe oder bi nachte, binnen sinen weren: dar ne darf he nenen borghen umme nemen, he ne wille id gherne doen; dat scal ere iewelc beteren mit III punden, dhe an ulocke unde an uerde ghewesen sin [2]).

1292 P, 15 (aber dort auch nur von neuerer Hand) vgl. 1497 M, 7:

So we dat minneste recht (Niedergericht) ofte der stad denere sleyt edder wundet ane ere schult, dan se to eneme rechte komen edder ghesand werden thu uorderende, de en schall nenes borghen gheneten; sunder men schal ene in de hechte setten in des woltboden hus, also langhe went dat recht enen ende heuet; vnde de broke schal staan in des rades willekore, wo de raad dat richten wil.

2) Ueber diesen Ausdruck vgl. meine gedruckten Vortr. 1, 1, 52 Anm. 1.

Daß man beide Fälle für sehr bedeutend muß angesehen haben, weil man, ungeachtet keine handhafte That vorausgesetzt wird, ungeachtet ferner keine Leibesstrafe, sondern nur Brüche auf die Handlungen standen, dennoch die Verbürgung ausschloß, ist klar. Man fand in dem ersten Falle unstreitig die Wichtigkeit des Falles in der Verletzung der Gewehr, und gab daher aber auch die Annahme eines Bürgen ganz in die Willkühr des Verletzten (he ne wille id gherne, das heißt aus freien Stücken, doen). Bei dem zweiten Falle stand der Verbürgung wohl die Besorgniß fernerer Störung der gerichtlichen Verhandlungen im Wege, wenn man sich nicht sofort der Person des Thäters versicherte, wenigstens so lange das Gericht saß.

§ 90.

4. Geht Bürgschaft auf Erben?

Nach der bisherigen Darlegung aller unserer von Bürgschaft handelnden Ordele bleibt nur noch übrig, einige interessantere Sätze zu prüfen, welche in den Abhandlungen von Müller und Paulsen aufgestellt worden sind.

Dahin gehört die Behauptung Müller's S. 326, daß im Altdeutschen Rechte der Regel nach die Schuldverbindlichkeiten zunächst auf die Person gegangen sein, und gleichsam auf dem Körper des Verpflichteten gehaftet haben sollen.

Paulsen hat S. 126—130 diese Behauptung aus den alten Nordischen Rechten widerlegt. Wir haben schon § 83 bei unserem Ordel von 1270 IX, 12 Gelegenheit genommen nachzuweisen, daß der Schuldner auch bei uns nur subsidiär mit seiner Person gehaftet hat[1]). Wie durchgreifend dies Princip anerkannt

---

1) Ein solches Rechtsverhältniß, wie es durch das Römische Nexum erzeugt wurde (vgl. Puchta Instit. 3, 76 ff. und die dort über nexum citirten Schriftsteller), und welches sofort die persönliche Haftung des Schuldners und damit die manus iniectio gestattete, ist dem ursprünglichen Deutschen Rechte fremd gewesen, wiewohl die Aehnlichkeit zwischen dem nexum und dem § 5 erwähnten Ordel von 1270 IX, 13 dahin bemerkenswerth erscheint, daß in beiden Fällen ein gerichtliches Verfahren nothwendig ist. Allein unser Ordel strebte dadurch nur dem alten Recht der Gewalt und Selbstpfändung sein usurpirtes Gebiet zu beschränken, während das Römische Nexum

wurde, beweist sich auch daraus, daß unsere Ordele mit einer gewissen Aengstlichkeit die Fälle hervorheben, worin eine Verbürgung des Angeklagten unstatthaft sei (vgl. § 89), was eben darthut, daß sogar in Criminalfällen die persönliche Haft etwas Eventuelles war, und nimmt man hinzu, daß man bei uns eine Bürgschaft, die im schlimmsten Falle auf mehr als Geld gegangen wäre, nicht gekannt hat, so schwindet jede Vermuthung für das Müllersche Princip. Ueberhaupt sollte man es als unserem alten Rechte an sich schon darum fremd ansehen, da dasselbe sonst für persönliche Rechte eine so große Ehrfurcht beurkundete, und den Rechten der Gewalt und Gewehr eine so große Anerkennung, dagegen dinglichen Rechten gar keinen oder höchstens nur einen von der Persönlichkeit beherrschten Einfluß einräumte, ja daß die persönlichen Rechte gegen die dinglichen Rechte in einem viel vollendeteren Grade, wie namentlich im Römischen und in irgend einem anderen Rechte sonst, dem Volksbewußtsein nahe lagen, und daselbst ausgebildet und gepflegt worden waren. (Vgl. oben § 5 Anm. 2.)

§ 91.

Fortsetzung.

Müller behauptet ferner, die Bürgschaft sei nicht auf die Erben gegangen, wie denn das Germanische Recht dem Erben keinen repräsentativen Charakter beigelegt, und die Personen-Einheit zwischen Erben und Erblasser nicht gekannt habe (S. 326). Eichhorn Deutsche St. u. R. G. 1, 419 bemerkt gleichermaaßen, die Bürgschaft scheine auf die Erben des Bürgen nicht übergegangen zu sein, und Privatr. § 332, wer das Erbe genommen, sei zwar in alle Rechte des Verstorbenen eingetreten, habe aber für dessen Schulden nur soweit gehaftet, als die ererbte fahrende Habe und Errungenschaft gereicht, wenn er sich nicht besonders verbürgt gehabt (Rechtsgesch. 1, 746. 750). Ebenso

---

höchstwahrscheinlich zunächst nur eine aus der Privatwillkühr entstandene Verstärkung der Contractsform war. Auch aus dem Goslarschen Statut hat Göschen S. 405 ff. nachgewiesen, daß gegen die Person nur subsidiär, d. h. dann verfahren werden konnte, wenn die Realpfändung erfolglos war. Dies ist der gewiß in allen eigentlich Deutschen Rechten vorherrschende Grundsatz.

entfreiet v. Sydow Erbrecht nach den Grundsätzen des Sachsensp. S. 361 in der Regel den Erben des Bürgen. Vgl. auch Albrecht die Gewere S. 203 Anm. 521.

Dagegen weist Paulsen S. 130 aus dem Nordischen Recht generell nach, daß Schuldverpflichtungen auf die Erben übergegangen sind, und scheint dies ebenfalls auf die Bürgschaft ausdehnen zu wollen.

Es wird schon darum interessant sein, in Hinsicht auf diesen Punkt bei unserem Alt-Hamburgischen Recht zu verweilen, weil dasselbe hier sich von dem Einflusse des Römischen Rechts rein erhalten hat (vgl. Gries Commentar 2, 109 ff.).

Im Allgemeinen wird man nicht für die Paulsensche Ansicht eine vorgefaßte Meinung gewinnen können. Die Römischen Begriffe von einer Universal-Succession, der subjectiven Umwandlung eines Rechtsverhältnisses, dessen Gegenstand das Vermögen als eine ideale Größe ist, um hier die Savigny'sche Definition zu benutzen, ferner von der Fiction, vermöge der die Erbschaft als eine über sich selbst herrschende Persönlichkeit oder als Vertreterin der Person des Verstorbenen aus Rücksicht auf den Erwerb durch Sklaven während der Zeit, daß der Erbe sich noch nicht zur Uebernahme der Erbschaft entschlossen hat, betrachtet wird: — diese Begriffe sind viel zu künstlich und einerseits zu singulär, andrerseits zu abstrakt, als daß es sich annehmen ließe, unsere Vorfahren hätten sie zu einer Zeit gehabt, wo der Einfluß des Römischen Rechts noch nicht als bedeutend genug angenommen werden kann, um sie ihnen zugeführt zu haben.[1]) Wenn nun grade als das eigentliche Kennzeichen dieser Universal-Succession der unmittelbare Uebergang der zu dem Vermögen des Vorgängers gehörenden Schulden und Forderungen von ihm auf seinen Nachfolger, also von dem Erblasser auf den Erben bezeichnet wird: so läßt sich von Vorn herein nicht vermuthen,

---

1) Savigny System des heut. Röm. R. 3, 15 erklärt mit Recht die Universal-Succession für ein künstliches Rechtsverhältniß. Daß dem Deutschen Rechte dieser Begriff völlig fremd gewesen, behauptet auch, unter Berufung auf Hasse, Eichhorn, v. Sydow, Mittermaier und Gries, Pauli Abhandl. Th. 3 S. 145.

daß dieser Uebergang in unserem Alt-Hamburgischen Recht angenommen gewesen sei. Wenn daher Gries a. a. O. 2, 110 sagt, es sei nach unserem alten Rechte der Nachlaß an die Stelle des Verstorbenen getreten, so kann man diese Auffassung als Römisch und zu künstlich nur zurückweisen, so wie man auch fremdartige Ansichten hereinzutragen Gefahr läuft, wenn man den Erben nach demselben Schriftsteller als curator haereditatis bezeichnet. [2])

Unsere alten Ordele drücken sich in einer Weise aus, die auf einen andern Standpunkt führt.

So heißt es 1270 III, 9 und in den Parallelen 1292 E, 5. 1497 J, 11. Stad. II, 5 (Puf. I app. p. 180) Rig. 31 (Puf. III app. p. 234) Lub. Hach. III, 273 (unser Statut von 1605 hat das Ordel weggelassen), in dem Falle, wo ein Wittwer und eine Wittwe mit Kindern aus beiden Ehen zusammen kommen, und ere gud to same is vngedeelet, storue erer een, de schult schal men van deme menen gude gelden mark marke gelike. Mer de brut lacht vnde de brutcledere ne doruen de ersten Kindere nicht gelden.

Von dem Falle, daß Eheleute keine Kinder zeugen, und einer derselben stirbt, heißt es 1270 III, 10 in guten Handschriften und ebenso in den sonst abweichenden Parallelstellen 1292 E, 18. 1497 J, 19. 1605 3, 3, 8. Stad. II, 9 (Puf. I app. p. 181) Rig. 36 (Puf. III app. p. 235) Lub. Hach. III, 278: men schall ouer jo thovoren (d. h. vor jeder Theilung zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Verwandten des Verstorbenen) de schuld gelden van deme meenen vnde van deme gantzen gude.

Auch bei dem Falle, da der überlebende Ehegatte mit Kindern des Verstorbenen aus mehreren Ehen concurrirt, vnde bleue dat gud vngeschicht vnde vngedelet, wird von jeder Theilung 1270 III, 15 (vgl. ebenso 1292 E, 14. 1497 J, 16. Stad. II, 15 (Puf. I app. p. 183) Rig. 41 (Puf. III app. p. 237) Lub.

---

2) Comm. 2, 110. 134. 196. — Die Ausführungen von Dr. Berk über das Bremische Güterrecht der Ehegatten mit besonderer Rücksicht auf die Schuldenzahlungen enthalten richtigere Ansichten, als die von Gries, wiewohl sie von meiner Auffassung der Materie sich doch noch, und zwar zum Theil wesentlich unterscheiden.

Hach. IV, 15)) angeordnet: Wer de schult schall men io touoren gelden van deme menen vnde deme gantsen gude. Dieselbe Vorschrift wird in einem anderen Falle 1270 III, 17. 1292 E, 15. 1497 J, 17. Stad. II, 17 (Puf. I app. p. 184) Rig. 43 (Puf. III app. p. 238) Lub. Hach. III, 280 eingeschärft.

Es muß in allen diesen Ordelen die Uebereinstimmung auffallen, mit der durchweg nicht etwa gesagt wird, der Erbe oder die überlebende Frau sollen die Schulden bezahlen, sondern men schal de schuld gelden. Vergleicht man nun obiges Ordel III, 5 mit dem § 7 erwähnten VI, 15, so scheint unzweifelhaft auch hier ein Fall vorzuliegen, wo gewissermaaßen eine außergerichtliche Auseinandersetzung der Gläubiger, ein Concurs ohne Gericht, eine Art Selbsthülfe und Selbstpfändung, wo Jeder mark marke gelike zu sich nahm, Statt fand. Die Gläubiger vertrugen sich unter einander über die Auseinandersetzung, und erst dann, wenn nach ihrer Befriedigung Etwas übrig blieb, traten die Ansprüche von Erben ein[3]). Ja es scheint aus 1270 III, 14 a. E. hervorzugehen, als wenn die Erben vor dieser Auseinandersetzung gar kein Recht an die Erbschaft gehabt hätten.

Es darf uns dies Alles nicht Wunder nehmen. Unsere Vorfahren gingen in der Regel bei ihren Rechtsbestimmungen nicht von der Voraussetzung eines gerichtlichtlichen Verfahrens, eines Einschreitens der Behörden aus, sondern basirten Alles auf Selbsthülfe und Gewaltrecht einerseits und Willensfreiheit andrerseits. Nach dem Tode eines Menschen war es seinem unbezahlten Gläubiger nicht zu verwehren, im Sinne des alten Concursrechts (§ 7) sich sofort sein Recht zu verschaffen. Diesem durfte kein Hemmniß in den Weg gelegt werden, etwa durch derartige juristische Begriffe von suc-

---

3) Daß nicht die Erben, nicht der Ehegatte, sondern die Gläubiger diese Auseinandersetzung reguliren, dürfte auch aus 1270 VIII, 2, 4 sich ergeben, wonach man bei einem Todesfall der Herrschaft dem Dienstboten so viel zahlen soll, als er bis zu der Zeit verdient hat, und nur, wenn die Erben es wollen, er für den vollen Lohn ausdienen muß. Vielleicht läßt sich auch so es erklären, daß im ältesten Stadt-Erbebuch überall, wo von einer gegenseitigen Vergabung auf den Todesfall die Rede ist, es heißt: quis eorum diutius vixerit, omnia bona obtinebit, 46, 5. 55, 9. 57, 15.

cessio per universitatem etc., wie wir diese bei den Römern schon in den zwölf Tafeln ausgebildet finden (Savigny System 1, 383 ff.) Andrerseits war der Erbe nicht zu zwingen, sofort Forderungen anzuerkennen, die ihn nicht direct angingen, und die nur durch die juristischen Erfindungen von Identität mit dem Erblasser, von Fortsetzung oder Repräsentation der Person desselben auf einen solchen Zwang führen, ihn vermitteln, also nur mittelbar den Erben treffen konnten. Das Vermögen, als das Bleibende, den Inhaber nur als den wechselnden, vorübergehenden Beherrscher desselben zu betrachten, konnte unseren Vorfahren nicht einfallen, für die die Persönlichkeit im Recht als das Wesentliche in den Vorgrund trat, und alles Uebrige als das Zufällige absorbirte, so daß selbst die Anwendung des unbeschränkten Willens als ein Recht der Gewalt gedacht, oder doch gehandhabt und ausgeübt wurde.

Freilich konnte es bei einem solchen eigenmächtigen Einschreiten der Gläubiger nicht fehlen, daß, was nach ihrer Bezahlung übrigblieb, mancherlei Beeinträchtigungen ausgesetzt war. Andrerseits war es entweder der überlebende Ehegatte oder die nicht abgetheilten Kinder, deren Verhältniß zur Erbschaft mit den Worten bezeichnet wurde, daß sie in der Wehre geblieben waren (§ 51), das heißt, daß sie sich in dem gegenseitigen und gemeinschaftlichen Selbstvertheidigungsrecht befanden. In ihrem Interesse und Recht lag es, nicht etwa als Pfleger der Erbschaft diese zu vertreten, sondern nur darauf zu achten, daß jener ihnen verbleibende Rest ihnen ungeschmälert verblieb. Ueberdies wird es nun begreiflich, daß es dem Erblasser daran gelegen sein mußte, nach seinem Tode einem solchen eigenmächtigen Verfahren vorzubeugen. Man hat bisher [4]) es nicht übersehen können, daß es in den Zeiten, von denen wir hier reden, öfter vorgekommen ist, bei herannahendem Lebensende mit seinen Gläubigern abzu-

---

4) Vgl. Cropp Abh. 2, 476 Anm. Darüber, daß der Ausdruck „das gemeine und das ganze Gut" alle beim Ableben vorhandenen Güter ohne Ausnahme umfaßte, also auch das Eingebrachte der Ehefrau nicht ausgeschlossen war, und daß sonstige abweichende Auslegungen des Ausdrucks unrichtig sind, ist ebenfalls Cropp zu vergleichen S. 477. 478.

rechnen. Denn es giebt mehrere Ordele, welche dies bestätigen. So 1270 VI, 7 (1292 E, 16. 1497 J, 18. Stad. II, 18, 1 (Puf. I app. p. 184) Rig. 63 (Puf. III app. p. 243) Lub. Hach. III, 302 vgl. II, 31)) und VII, 19 (1292 H, 17. 1497 E, 22[5]) Stad. VII, 16. (Puf. I app. p. 214) Rig. 102 (Puf. III app. p. 256) Lub. Hach. III, 344. Brem. d. a. 1433 ord. 72 (Oelr. p. 534) Verd. 43 (Puf. I app. p. 92)). Besonders ist das letzte Ordel merkwürdig, das, wie wir sehen, sich in weit mehreren Statuten findet, als alle bisher über die Erbschaftsschulden zusammengestellten, und meines Erachtens nicht sowohl sich durch „die wohlwollende Absicht, Streitigkeiten vorzubeugen" (Lapp. Vorr. zu den Hamb. R. A. pag. LXXII) auszeichnet, als wegen des Motivs, das dem Schuldner auf dem Krankenbette das Recht gab, seine Gläubiger zu zwingen, mit ihm abzurechnen. Dieses Motiv lag nicht in der generellen Tendenz, Streit vorzubeugen, als vielmehr in dem Zwecke, dem bereits erwähnten Concurse, dem Recht der Erbschaftsgläubiger, sich in den Besitz der Erbschaft Behufs ihrer Befriedigung zu setzen, zuvorzukommen. Darum sollte der Schuldner auf dem Krankenbette das Recht haben, seine Gläubiger zu sich zu entbieten, und, wenn diese sich nicht einfanden, falls sie nicht besondere Ehehaften vorbringen konnten, seine Erben gegen das Selbstpfändungsrecht geschützt sein (was, wie wir zu 1270 VI, 3 § 9 gesehen haben, der Ausdruck besagt nene nod lyden). Darum sollte Jeder, der zu milden Zwecken Etwas vermachen will, erst seine Schulden berichtigen (vgl. §. 55 Anm. 10) Darum enthalten die ältesten vorhandenen Testamente meist nur Verzeichnisse von Schulden (vgl. Lapp. Vorr. zu den Hamb. R. A. S. LXXXV). Darum erwies sich endlich die Ernennung von Testamentsvollstreckern frühzeitig als nothwendig[6]).

---

5) Es ist für die Kritik der Langenbeckischen Glosse charakteristisch, daß sie die meisten der in unserem § erwähnten alten Ordele entweder mit Bemerkungen aus dem Römischen Rechte erläutert, oder, wie das obige, was 1605 weggelassen ist, ganz unberührt läßt. Für die ältere Rechtsgeschichte ist der Werth der Glosse sehr gering.

6) Vgl. darüber Pauli Abh. 3, 306 ff. und Zeitschr. für Deutsche Rechtswissensch. IX, 2, 144 ff.

§ 92.

Fortsetzung.

Wenn man jedoch das Verhältniß des Erben oder des überlebenden Ehegatten zu der Erbschaft nach altem hiesigen Rechte so auffaßt, als ob er nicht für die Schulden des Erblassers weiter gehaftet hätte, wie die Kräfte der Erbschaft reichen; so giebt man der Bestimmung eine Schärfe, die dem alten Rechtsbewußsein fremd ist.[1]) Wir haben schon § 91 in dem Ordel III, 5 eine Vorschrift gefunden, die, wenn man jene Ansicht so entschieden gehabt hätte, wie das jetzt wohl dargestellt wird, uns ganz überflüssig erscheinen müßte. Wenn daselbst nämlich unter den Erbschaftsgläubigern die Vertheilung des Nachlasses bestimmt wird, so heißt es in dem erwähnten Falle, wo Wittwer und Wittwe, Beide mit Kindern, sich verehelichten, und Einer von ihnen stirbt, es sollten die ersten Kinder für die Kosten der Hochzeit und der Brautkleider nicht aufkommen. Wozu wird dieser Unterschied zwischen den Kindern hervorgehoben, da hier der Fall angenommen wird, daß die Gläubiger sämmtlich nur Raten ihrer Forderungen bekommen?

Ebenso auffallend würde dann ein anderes Ordel von 1270 sein, nämlich VI, 32, welches wir ebenfalls 1292 F, 10 mit der Erweiterung auf knapen vnde meghede, ebenso 1497 J, 15, und zwar hier ohne Glosse, dann beschränkter 1605 II, 11, 16 (vgl. dazu die Commentatoren in der neusten Ausg. S. 358 und Gries 2, 35) finden, das aber in keinem verwandten Rechte anzutreffen ist, und von dem wir durch Lappenberg Vorr. zu den Hamb. R. A. S. XCIII, und S. 38 wissen, daß es in mehreren älteren Handschriften fehlt:

> Were dat ener vrowen ere man storue, vnde er nen gud ne ervede, vnde worde se hir na beraden myt helpe erer vrunde, vnde wolde se ienich man schuldighen umme eren ersten mannes schult: dar ne darf se nene not umme liden, ofte se dat betughen mochte mit erfhaftighen luden, dat se van erme ersten manne nenigherhande gut[2]) untfangen hebbe. Des ghelik eyner iuncfrowen.

---

1) Vgl. auch meine Vorträge 2, 1, 26 Anm.
2) Vgl. § 55 Anm. 1.

Das Ordel heißt 1292 und 1497 so:

§ 1 Heft en vrowe enen man ghehat, vnde de vrunt des to rade werdet, dat se de vrowen ander warue beraden willet: mach se dat tughen, dat se van erem manne nen goet beholden hebbe uppe de thit, mer dat se beraden werde van der vrunde goede, de vrowe vnde ere man scolen nene not liden vmme des ersten mannes sculde.

§ 2 Also scal it ok wesen vmme knapen vnde meghede, de dat tughen moghen, dat en van eren elderen nen goet eruet is.

Wäre derzeit der Grundsatz vollkommen ausgebildet und im Rechtsbewußtsein entwickelt gewesen, daß der Erbe nur für den Betrag der Erbschaft den Gläubigern derselben hafte: so würde man diese Specialitäten ganz überflüssig finden, ja man würde sagen müssen, das Ordel sei selbst noch in der Form, in der es 1497 beibehalten ist, unangemessen abgefaßt. Was sollte dann der Zusatz 1270, der das Ordel auf eine Jungfrau ausdehnt? Setzte doch der ursprüngliche Fall nur eine überlebende Wittwe voraus, der ihr Ehemann nichts hinterlassen hatte, und die bei Eingehung einer zweiten Ehe von ihren eignen Blutsverwandten ausgesteuert war; es war also die Vorschrift ohne Weiteres auf eine Jungfrau nicht anzuwenden. Noch befremdlicher ist die Fassung von 1292 und 1497, wo freilich der ungeschickte Zusatz von der Jungfrau weggeblieben ist, aber der Fall der Wittwe dahin bestimmt wird, dat se van erem manne nen goet **be**holden hebbe uppe de thit, da sie von den Verwandten ausgesteuert wird, so daß kein Unterschied hervortritt, ob sie überall nichts von ihrem ersten Manne erbte, oder nicht so viel, daß sie Etwas davon in ihre zweite Ehe brachte. Nach der Fassung von 1292 und 1497 wird man ferner verleitet, anzunehmen, es sei von einem ganz singulären Vorrecht einer solchen Wittwe die Rede, und dies Vorrecht werde exceptionell auch auf Dienstboten (knapen vnde meghede vgl. 1270 VIII, 1. 3. 4) ausgedehnt, denen von ihren Eltern kein Gut zufiel.

Vergleicht man nun selbst noch die Redaktion des alten Ordels in dem Statut von 1605, wo es wiederum den Anschein behielt, als ob nur eine Wittwe, und zwar wenn sie nach dem

Tode ihres Ehemannes alle Güter den Creditoren abtrat, und sich so wenig als ihr zweiter Ehemann der Güter des ersten angemaaßt hatte, nicht von den Gläubigern dieses ersten besprochen werden könne, und wo ausweise der Commentatoren die Vorschrift auch in der Praxis nur auf diesen Fall angewandt wird: so kann man wohl nicht umhin einzuräumen, daß die vorhin erwähnte Gries'sche Ansicht keineswegs als ein bewußtes durchgreifendes Rechtsprincip von Ursprung her anerkannt gewesen ist, sondern daß es sich allmälig erst, und zwar zunächst aus Billigkeitsrücksichten, wie die Erwähnung der Knechte und Mägde beweist, Bahn gebrochen hat. Man kann etwa annehmen, daß es ursprünglich Erbschaftsgläubigern garnicht in den Sinn gekommen ist, Erben in Anspruch zu nehmen, sondern daß sie ihre Ansprüche auf die von ihrem verstorbenen Schuldner hinterlassenen Güter beschränkt haben; daß erst mit der Verbreitung Römischer Rechtsansichten Prätensionen vorkamen, gegen welche das zuerst im Schwabenspiegel 262 bestimmt ausgesprochene Princip schützte, wonach Wittwe und Erben eines Mannes, der nichts hinterließ, nicht seinen Gläubigern hafteten, und womit übrigens der andere Fall, da er zwar Etwas, aber nicht genug, um die Gläubiger zu befriedigen, hinterließ, und Wittwe oder Erben sich immiscirten, noch keineswegs erledigt war.

Nimmt man dagegen an, daß Erben ohne Weiteres niemals persönlich für Erbschaftsschulden aufzukommen hatten, so weiß man nicht, was man mit der Vorschrift von 1270 IX, 21 (vgl. oben § 49 ff.) anfangen soll, wonach der Commendant ohne Unterschied nach des Commendatars Tode in den dort bezeichneten Fällen sich an dessen Erben zu halten angewiesen wird; man weiß nicht, warum 1270 VII, 8, 3 (vgl. § 78 ff.) die Erben eines Mitlobers ohne Weiteres und in dem ganzen Umfange der Verbindlichkeit ihres Erblassers als verhaftet erklärt werden; man weiß eben so wenig, warum 1270 I, 6 (vgl. § 77), wenn Jemand, der sein Erbe verkauft hatte, verstarb, ohne aufgelassen zu haben, sine Eruen schulden it uplaten; man weiß nicht, warum in dem Falle von 1292 G, 29, einem Ordel, wovon ich in meinen Vorträgen über Eid (2, 1, 24 ff.) umständlicher gehandelt habe, selbst dem Gläubiger des Erblassers gegenüber, der keine Zeugen für

seine Forderung (vordern na doder hand) hat, der Erbe (des doden erfname) schwören muß, um von Ansprüchen frei zu sein, und warum nach der Glosse B zu 1497 H, 7, wenn eine Schuld des Erblassers in dessen Grundstück eingeschrieben werden soll, seinen Erben allerlei Leistungen zugemuthet werden. Auch ist man dann in Verlegenheit, was man mit dem Ordel 1, 14 (vgl. § 45) anfangen soll, wenn es dort heißt, falls ein Pfandgläubiger sich aus dem Pfande (zu Erbe muß man aus dem Vorhergehenden subintelligiren „oder sonst Gut") nicht bezahlt machen kann, sondern es für seine Forderung behalten will, sollen Vogt und Rath den Pfandschuldner und dessen Erben dazu gerichtlich zwingen, was nicht wohl von seinen Lebzeiten wegen seiner Unfähigkeit, ohne Erlaubniß seiner Erben über Erbgut zu verfügen, verstanden werden kann, daß er es ohne diese Erlaubniß in Nothfällen konnte, 1270 I, 8. III, 10, 2 a. E. IV, 2, vgl. 1292 C, 1, hier aber gewiß ein solcher Nothfall vorlag, wo ihre Zuziehung bei seinen Lebzeiten nicht erforderlich war. Man weiß dann ferner nicht, warum Erbschaftsschulden zufolge 1270 I, 19 (vgl. dazu Lapp. Vorr. zu den Hamb. R. A. S. LXI und LXII) und der Parallelstellen 1292 H, 19. 1497 E, 23 (vgl. dazu die Glosse) Stad. 1, 15 (Puf. I app. p. 176) und VII, 21 init. (ibid. p. 215) Rig. 18 (Puf. III app. p. 230) Lub. Hach. III, 260, nur dann sollen geltend zu machen sein, wenn sie entweder für den Betrag von zehn Mark Silber von Erbgesessenen, oder für einen höheren Belauf von Rathmännern bezeugt werden. Man begreift dann endlich nicht, wie nach der ältesten Handschrift des Ordelbuchs von 1270 (vgl. Lapp. a. a. O. und S. LXVIII mit S. 11 und Anderson S. 39 oben) für den Fall, da der Erblasser zufällig auswärts verstürbe, den Gläubigern desselben, hiesigen wie auswärtigen, das besondere Vorrecht gegeben ist, dann mit dem Zeugniß von zwei Erbgesessenen durchzukommen, wenn sie den Erben, so we syn erue up nympt, in Anspruch nehmen wollen: eine Vorschrift, die mir übrigens eben auch wegen dieses Zusatzes so we syn erue up nympt, den jüngeren Ursprung gegen das übrige Ordel zu verrathen scheint.

Vielleicht führt noch eine andere Betrachtung darauf, daß ursprünglich unsere alten Rechte keineswegs die Rechtsverhältnisse

des Erben und Erblassers so auseinander gehalten haben, um die Verbindlichkeit des Erben für die Verpflichtungen des Erblassers irgend zu beschränken. Bezeichnet Savigny System 2, 365 es als einen höchst einfachen und natürlichen Gedanken, daß man von dem Tode an die Erbschaft als das Vermögen eines Herrn betrachtet, den man zwar nicht kennt, aber doch noch einmal kennen lernt, und auf den Alles zu beziehen ist, was sich mit diesem Vermögen zuträgt; verbindet man damit den wenigstens ebenso natürlichen Gedanken, den bekannten Erben, oder die überlebende Wittwe zumal dann, wenn sie sich im Besitz der Erbschaft befinden, als diesen Herrn zu betrachten, an den sich die Gläubiger der Erbschaft wenden, um befriedigt zu werden: so lassen sich die Resultate, die Paulsen a. a. O. S. 130 ff. aus den alten Norwegischen, Isländischen und Schwedischen Rechten über diese Rechtsverhältnisse entnimmt, keineswegs als singulär betrachten. Dazu muß auch die Auffassung hinzugenommen werden, welche sich aus den gegenwärtigen Vorträgen über den Umfang und Uebergang von Eigenthumsrechten im Allgemeinen ergeben hat, und wonach sich diese subjective Umwandlung oder Metamorphose, wie Savigny es nennt, auf das Gewehrrecht an Sachen reducirt. Der Erbe, welcher nach dem Tode seines Erblassers entweder in dem Umkreise blieb, wo dieser das Recht der Selbstvertheidigung ausgeübt hatte, oder sich darin setzte, oder es an den Gegenständen der Erbschaft geltend machte, betrachtete sich und wurde betrachtet als der persönliche Vertreter der Ehre und Rechte des Verstorbenen. Dazu bedurfte es keiner solenner Erklärungen weiter, so wie denn sich derzeit alle solche Verhältnisse ohne gerichtliche Intervention regulirten. Ebenso wenig ist hier ein künstlich ausgebildeter Rechtsbegriff von Repräsentation, Personen-Einheit und Universal-Succession nothwendig vorauszusetzen. Aber die Wirkung war dieselbe. Im Effect ging die Erbschaft ohne Weiteres auf den Erben über, weil eben diesem die Pflicht zufiel, den Verstorbenen überall zu vertreten. In diesem Sinne wird das Ordel VI, 26 (vgl. § 92) verstanden werden müssen, wo der Erbe des Eidpflichtigen ohne Weiteres schuldig erklärt wird, den Eid zu leisten, oder die Schuld, gegen die der Eid schützen sollte, zu bezahlen.

Ebenso das Ordel VI, 25, 1, wo die Erben, falls ihr Erblasser vor dem Termine, da er sich im Gerichte einzufinden hatte, um wegen einer Schuld Rede zu stehen, verstarb, selbst dann für diese Schuld aufkommen müssen, wenn der Bürge von aller persönlicher Verantwortlichkeit frei erklärt wird, und wo die Worte de syn erue upboret allerdings dahin verstanden werden können, für die sein Erbe aufkommt. Allein es scheint kein Grund vorzuliegen, diese Worte, die im Sachsenspiegel nicht sind, der vielmehr den Erben unbedingt verpflichtet, etwa darauf zu beziehen, daß der Erbe nicht weiter hafte, als dies Erbe werth sei.

Selbst nicht einmal für die Ansicht kann ich mich entscheiden, daß der Erbe ursprünglich nur habe für den Betrag des beweglichen Theils der Erbschaft den Erbschaftsgläubigern gehaftet. Damit stehen die Goslarschen Statuten (vgl. Göschen S. 147 ff.) ausdrücklich im Widerspruch, es ergiebt sich diese Distinction nirgends aus unseren alten Ordelen (vgl. Pauli a. a. O. 3, 147), und ich habe schon oben (§ 55) nachgewiesen, daß hinsichtlich der persönlichen Beziehungen zu Sachen zwischen beweglichen und unbeweglichen keineswegs ein solcher scharfer Unterschied Statt gefunden haben dürfte, wie er in Folge des Römischen Rechts von den Germanisten ins Altdeutsche Recht hineingetragen ist. Es würde übrigens hier zu weit führen, weiter zu entwickeln, wie man bei dem Einflusse des Römischen Rechts dazu gekommen ist, genauer die Rechtsverhältnisse des Erben von denen seines Erblassers abzusondern, und diesen Unterschied nicht blos überhaupt schärfer hervortreten zu lassen, sondern auch namentlich Gerade, Heergeräth und Morgengabe den Gläubigern des Erblassers zu entziehen. Aber ich erlaube mir schließlich hier noch zu erinnern, daß nach dem vermehrten Einflusse des Römischen Rechts und seit dem Principe seiner subsidiären Gesetzeskraft es sehr bedenklich ist, irgend eine rechtliche Bedeutung dem Unterschiede beilegen zu wollen, der zwischen dem Erblasser und Erben in Beziehung auf die Schulden des Ersteren niemals ganz entschieden bestanden hat, und erst in einzelnen Rechtsverhältnissen seit der größeren Bekanntschaft und seit dem bedeutenderen Einflusse des Römischen Rechts hervorgetreten ist.

§ 93.

Einige sonstige Eigenthümlichkeiten der Germ. Bürgschaft.

Weniger Schwierigkeit scheinen mir die übrigen Erörterungen Müller's und Paulsen's über die Altgermanische Bürgschaft darzubieten. Es mag namentlich zugegeben werden, daß auch und insbesondre bei der Bürgschaft ursprünglich das Alt-Sächsische Princip (Sachsensp. 1, 7) gegolten hat: sie hatte nur dann unstreitige Wirkung, wenn sie vor Gericht versprochen war. Allein die Nothwendigkeit einer gerichtlichen oder überall einer bestimmten Form der Verträge läßt sich aus der Zeit, in welche unsere Ordele der Sammlung von 1270 fallen, nicht nur nicht mehr nachweisen, sondern es widerspricht einer solchen Annahme gradezu die generelle Vorschrift von 1270 VI, 14 (vgl. § 26), welche auf alle Verträge geht, und speciell in Hinsicht auf die Bürgschaft die Masse von Beispielen in unserem ältesten Stadt-Erbebuche, wo der Bürgschaft bei der Auflassung gar nicht Erwähnung geschieht (vgl. § 77), ungeachtet man gewiß niemals verabsäumt haben würde, derselben ausdrücklich zu gedenken, wenn ihre gerichtliche Form unerläßlich gewesen wäre.

Auch ist in unseren alten Ordelen bereits von mir mehrmals nachgewiesen (vgl. § 80. 83 a. E. § 85. 86 a. E. § 88 zu 1270 VI, 25 und zu 1292 A, 11 und M, 26)[1]), daß der Bürge wie der Schuldner selbst ohne Weiteres, sobald die Schuld verfallen war, in Anspruch genommen werden konnte, und sogar der Selbsthülfe des Gläubigers sich nicht entziehen durfte. Es scheint selbst zu einer Zeit, da das Römische Recht bereits sonst seinen Einfluß auf unser Recht ausübte, das beneficium excussionis sich bei uns noch keinen Eingang verschafft zu haben, sondern erst durch das neuste Statut von 1605 II, 6, 7 aufgekommen zu sein. Man kann dies vielleicht noch daran erkennen, daß dieses Statut bei dem Gebrauch des Worts Selbstschuldner schon ohne specielle Verzichtleistung auf die Excussions-Einrede

---

1) Auch aus I, 6 (vgl. § 77) ergiebt sich dies, wonach der Bürge ohne Weiteres von Demjenigen in Anspruch genommen werden soll, dem ein Erbe aufgelassen ist, und etwas in der warschop vnbreke. Vgl. § 79 a. E.

diesen Verzicht annimmt, was zwar nicht in Dänemark (vgl. Paulsen a. a. O. S. 146), aber doch sonst, und namentlich in Sachsen keineswegs unbezweifelt gewesen ist.

Endlich kann auch in unseren alten Ordelen nirgends ein Anhaltspunkt für die bereits von Müller a. a. O. S. 323 zurückgewiesene Hypothese ermittelt werden, als ob die Germanische Bürgschaft ein von der Römischen Intercession[2]) wesentlich verschiedenes Rechtsgeschäft gewesen, und dadurch der Hauptschuldner von seiner Verbindlichkeit etwa ganz liberirt worden sei.

Zwei Excurse.

Erster Excurs (zu § 3).

Einfluß des Zeitverlaufs auf Rechtsverhältnisse im Alt-Hamburgischen Recht.

Wie sehr es bisher von den Germanisten, welche sich mit unseren Hamburgischen Statuten speciell beschäftigt haben, verkannt worden ist, daß unsere älteste Ordelen-Saammlung Abwehr des Einflusses fremder Rechte bezweckte, läßt sich an einem sehr frappanten, und damit auch sonst rechtlich sehr bedeutenden Beispiele darthun.

Lappenberg scheint zwar für unsere alte Ordelensammlung von 1270 in s. Vorr. zu den Hamb. R. A. S. LXVI einzuräumen, daß ein Einfluß des Römischen Rechts dort nicht, sondern

---

2) Es ist in Brinckmann's Rechtskunde S. 225 ff. sehr klar gezeigt worden, daß die Römische Intercession besonderer Formen bedurft hat, daß sich nur in Hinsicht auf die Form, nicht durch innere Merkmale unter den verschiedenen Arten der Intercession (vgl. Puchta Inst. 3, 49), die hier besonders in Betracht kommenden, nämlich die Fidejussion, das qualificirte Mandat und das Constitutum von einander unterschieden haben, und, da wir heutiges Tages bei der Bürgschaft besondere Formen nicht mehr anerkennen, die Rechtsätze des Römischen Rechts von jenen drei Hauptarten der cumulativen Intercession auf unsere Bürgschaft ihre Anwendung finden, vgl. Brinckmann S. 260.

erst 1497 und zwar in der Lehre von der Usucapion sichtbar sei. Allein es muß noch entschiedener ausgesprochen werden[1]), daß weder die Ersitzung (Usucapion) noch die Verjährung (der Klagen) im Germanischen Rechte haben vorkommen können. Es ist von mir (§ 26) im Verlaufe meiner Vorträge nachgewiesen, daß das Germanische Recht in dem Verhältnisse der Personen zu Sachen Alles auf den Privat-Willen zurückführte, während die Usucapion, ein uraltes Römisches Rechts-Institut, wesentlich auf das objective Factum des Erwerbes von Besitz und Eigenthum — ohnehin dem Germanischen Rechte fremde Begriffe — (§ 49), lediglich durch den Zeitverlauf beruht, und die Klagenverjährung, ein zwar dem Römischen Recht ebenfalls eigenthümliches, aber auch dort ursprünglich nur exceptionelles Rechtsinstitut, nicht blos Klagen voraussetzt, sondern auch die Möglichkeit, ein Recht zu haben, ohne es irgend geltend machen zu können. Für unsere Vorfahren war dies rechtlich undenkbar, und hätte dem Recht der Gewalt und Selbsthülfe gradehin widersprochen, bei welchem wir nie übersehen dürfen, daß das gerichtliche Verfahren nur als das Surrogat des Gewaltrechts und legislativ nur als Präventivmaaßregel betrachtet wurde.

Nun läßt es sich freilich gar nicht läugnen, daß auch in unseren alten Ordelen von 1270 der Zeit und ihrem Verlaufe in Beziehung auf menschliche Thätigkeit oder Unthätigkeit ein rechtlicher Einfluß eingeräumt wird. Allein untersucht man dieselben genauer, so kann man es nicht verkennen, daß dort nicht etwa eine rechtliche Beziehung zur Sache durch den Zeitverlauf erlangt wird, oder der Zeitverlauf den rechtlichen Schutz entzieht. Institute

---

1) Eichhorn Deutsche Rechtsgesch. Ausg. 4. 1, 377. 816 ff. sagt bestimmt, Verjährung als Erwerbungsart sei dem Germanischen Recht unbekannt gewesen. Grimm Deutsche R. A. S. 559 erklärt Ersitzung durch bloßen Zeitverlauf scheine ungermanisch, und erst durch R. R. eingeführt, vgl. Privatrecht § 176 ff. Herr Dr. Westphalen in s. Vorrede zu Gries Commentar 1, XVII behauptet noch allgemeiner, es lasse sich in unseren Statuten von 1270—1292 durchaus keine Spur des Röm. Rechts nachweisen. Gründe gegen die Möglichkeit dieser Nachweisung habe ich schon in einem anderen Vortrage angedeutet, vgl. Vorträge 2, 24 Anm.

mit einer solchen Tendenz würden das ganze National-Rechtsgefühl gegen sich gehabt haben. Vielmehr dienen die fraglichen Ordele lediglich dazu, die Collisionen zwischen den beiden uralten Nationalrechten, zwischen dem Recht der Gewalt und dem Recht der Gewehr, zu ordnen, entweder das bereits bestehende Recht der Gewehr zu schützen, dem Gewehrsberechtigten seine Leistungen zu erleichtern, oder auch umgekehrt um des Rechts der Selbsthülfe willen zu beschränken. Nirgends findet sich vor 1497 eine Spur davon, daß Jemandem der, dem Recht der Gewalt entsprechende und vorbeugende rechtliche Schutz wegen des Zeitverlaufes verweigert werden könnte. Unter den dreizehn Ordelen von 1270, die dem Zeitverlaufe eine Wirkung beilegen, ist nur ein einziges, welches der so eben von mir aufgestellten Ansicht scheinbar entgegensteht. Es wird dort bestimmt, daß gegen Dasjenige, was im Stadterbebuche Jahr und Tag [2]) geschrieben stehe, kein Zeugniß gelte; wenn aber der Mann, welcher einen Widerspruch erheben wolle, abwesend sei, und er dies durch Zeugen erhärten könne, so habe er seine Klage nicht verloren. Aber man darf wohl nicht das Argument vom Gegentheil hier in der Art anwenden, daß seine Klage verloren sei, wenn er anwesend war. Vielmehr sollte dann der

---

2) Einen Versuch, diese Frist von Jahr und Tag (1 Jahr 6 Wochen und 3 Tage, Verm. Sachsensp. 1, 28, 1. Eichhorn Privatr. § 176) aus den Zeiten zu erklären, wann die ungebotenen Gerichte gehalten wurden, s. bei Albrecht die Gewere S. 115 ff. Für mich entsteht gegen diese Conjectur besonders das Bedenken, daß selbst in unseren ältesten Ordelen keineswegs diese Frist bei solchen Rechtsverhältnissen ausschließlich vorkommt, wo ein gerichtliches Verfahren vorausgesetzt werden darf: so 1270 III, 9. VII, 9, 2. VII, 17. Ich theile daher auch lieber die Ansicht Sydow's Erbr. nach dem Sachsensp. 1828, welcher die im Sachsenspiegel 1, 29 a. E. bei dem Anfall erblosen Eigens an den Richter vorkommende Frist von 30 Jahren und Jahr und Tag S. 300 Anm. 925 für eine ganz eigenthümliche Frist erklärt, während Albrecht S. 116 ff. die Zeit für das mit dem tempus utile von Jahr und Tag correspondirende tempus continuum hält, und damit Rechtsbegriffe in das ursprüngliche Deutsche Recht hineinträgt, die demselben fremd, und aus dem Römischen entlehnt sind.

Gewehrsberechtigte in seiner Gewehr auf die Weise geschützt werden, daß er mit einem Eide zugelassen wurde. Somit enthält das Ordel nur einen Fall von der ersten Classe, der Erleichterung des Gewehrberechtigten, und es läßt sich um so weniger hier die Spur eines, wesentlich unseren Vorfahren fremden Rechtsinstituts annehmen, da das Ordel unserem Stadtbuche eigenthümlich, und vermuthlich schon von 1248 ist, vgl. Lappenberg Vorr. zu den Hamb. R. A. S. LXXI.

Dagegen ist es gewiß sehr erheblich, daß selbst das Statut von 1605, um die Klagenverjährung zu rechtfertigen, es für nothwendig erachtet, umständlich zu sein, und 1, 21, 2 ausdrücklich zu bemerken, es werde die Verjährung beliebt, „vermöge uralten Stadtrechtens (wovon freilich selbst noch 1497 keine Spur sich findet) und üblicher Gewohnheit (will sagen Observanz, Gerichtsgebrauch), damit ein jeglicher auf das Seinige desto fleissiger Acht habe, und die rerum dominia oder Eigenthum so viel ehe in Gewißheit gesetzt werden mögen". Es ist interessant, damit die Motivirung von II, 4, 2, der Vorschrift zu vergleichen, daß Jemand ein bewegliches Pfand, das er dem Schuldner in dessen Gewehren gelassen, vom Dritten nicht zurückfordern könne, der es mit gutem Glauben und richtiger Ankunft erlangt: „zur Beförderung gemeiner Handthierung und Vermeidung beschwerlicher Disputation". Man kann hier wohl nicht verkennen, daß das neuste Statut etwas von dem bisherigen Recht Abweichendes besonders glaubte empfehlen zu müssen, wovon der Grund wohl nur darin gelegen haben kann, daß damit alten National-Ansichten in den Weg getreten werden sollte Nichts desto weniger hat der Receß von 1618 und der Rathsantrag dazu (vergl. in der neusten Ausgabe des Statuts von 1605 S. 154) diese alten Ansichten auf eine Weise wieder in Schutz genommen, daß man auch hier nicht verkennen kann, wie wenig man sich getrauete, dem Römischen Institut der Klagen-Verjährung und Usucapion weite Gränzen zuzugestehen.

Geht man die zwölf Ordele einzeln durch, in denen dem bloßen Zeitverlauf eine Wirkung beigelegt wird, so läßt sich annehmen, daß durch sieben zunächst das Recht der Gewehr hat

geschützt werden sollen. So soll zufolge 1, 14 (vgl. § 45 und meine gedruckten Vorträge 1, 2, 361), wenn ein Grundstück oder sonst ein Gut dem Pfandberechtigten für seine Schuldforderung ausgeantwortet, und Jahr und Tag darüber verflossen (geleden) ist, er in seiner Gewehr nicht angefochten werden können, wenn er schwört, daß er damit gefahren ist, wie Recht. Hierher gehört ferner die uralte Vorschrift 1, 6 (vgl. § 77), daß wenn Jemandem ein Grundstück aufgelassen, und Jahr und Tag gewahrt ist, er es mit seinem Eide eher behalten, als ein Anderer es ihm abgewinnen kann, wer es aber abgewinnen will, dies binnen Jahr und Tag thun muß. Wenn zufolge III, 1 (vgl. § 87) der Bürge wegen Mitgift binnen zwei Jahren beklagt werden muß, so ist hier gewiß mit Lappenberg Vorr. zu den Hamb. R. A. S. LXVIII selbstständiges hiesiges Recht anzunehmen, da das Römische Recht wenigstens der Frau keine Bürgschaft von dem Manne für ihr Eingebrachtes anzunehmen gestattet, und somit bleibt auch hier nichts übrig, als einen Schutz des Rechts der Gewehr anzuerkennen, um von dem Bürgen das Recht der Selbsthülfe bei einer an sich liquiden Forderung abzuwehren. Es scheint mir aber das Ordel nicht so aufgefaßt werden zu dürfen, daß nicht eine ausdrückliche Verabredung das Klagrecht gegen den Bürgen hätte weiter hinausschieben dürfen. Auch läßt sich hierher ziehen III, 9, wonach der Widerspruch der Verwandten gegen die reciproke Gift kinderloser Eheleute binnen Jahr und Tag geltend zu machen ist. Es hat hier offenbar das Recht der Gewehr der Eheleute geschützt werden sollen gegen den sonst liquiden Angriff der Verwandten. Aehnlich läßt sich das Ordel III, 10 auffassen, wonach das von dem überlebenden Ehegatten in die Ehe Gebrachte von ihm vor jeder Theilung mit den Verwandten vorweggenommen werden darf, sobald dies innerhalb zehn Jahren mit Zeugen bewiesen, nach Verlauf derselben beeidigt wird. So soll endlich zufolge VII, 9, 2 (vgl. § 62) von Auswärts hereingekommene und hier Jahr und Tag ohne Beispruch gebliebene Waare von Jedermann in seinen habenden Wehren mit zwei Zeugen gegen jedweden Angriff behalten, und zufolge VII, 17 sogar wer ohne Beispruch hier Jahr und Tag gewohnt hat, als Leibeigener nicht angesprochen werden können (vgl. § 50).

Zu der zweiten Klasse, wo der Zeitverlauf das Recht der Gewehr zu Gunsten des Rechts der Gewalt beschränkt, auch wiederum ohne eine directe Beziehung auf Proceß, sind folgende fünf Ordele zu zählen. Die Forderung des Wirths an seinen Gast, falls es erwiesen ist durch Zeugen, daß er bei ihm gewohnt hat, kann er zufolge VI, 18 bis zu einem Jahre beeidigen, weiter nicht, also doch fordern können; Kost oder Hauer, welche über zwei Jahre rückständig ist, kann nur gleich anderen Schulden eingefordert werden, Abwesenheit oder Uebereinkunft ausgenommen, ausweise VI, 31 (vgl. § 21). Lappenberg Vorr. zu den Hamb. R. A. S. LXIX macht mit Recht darauf aufmerksam, daß wie VI, 18 der Eid des Wirths den Belauf seiner Rechnung, ebenso der Eid des Vermiethers den Belauf der Miethe beweist. Der Zusammenhang ist hier in dem anerkannten Recht der Selbsthülfe an den Effecten der Schuldner zu suchen, und der Grund der Beschränkung des Rechts der Gewehr wohl die Concurrenz mit anderen ebenfalls zur Selbstpfändung berechtigten Gläubigern des Gastes oder flüchtigen Miethsmannes. Ein Zeuge oder ein Warand, in einem andern Königreiche wohnhaft, soll bei Verlust derselben binnen Jahr und Tag vorgebracht werden VII, 13, 2 und VII, 17, was namentlich auf den Fall XII, 5, 3 (vgl. § 63 a. E.) Anwendung findet, wenn Jemand sagt, daß das Gut, welches als Diebsgut oder Raub angesprochen wird, ihm geschenkt sei. Die Beschränkung des Rechts der Gewehr ist hier unverkennbar. So auch in der Vorschrift, daß zufolge XII, 6 (vgl. § 3 Anm.) mit dem, Dieben und Räubern abgejagten Gut Jahr und Tag gewartet werden soll, bis die Theilung zwischen dem Vogt, der Stadt und den Abjagern geschehen kann.

Ergiebt es sich nun aber aus dieser Ausführung, daß keiner dieser Fälle unter den Gesichtspunkt der Römischen Ersitzung oder Verjährung zu bringen ist; so darf man schon um deswillen nicht einen derselben unter die Vorschrift des neusten Statuts 1, 21, 2 subsumiren, wo überdies gar nicht des topischen, sondern nur des gemeinen Rechts gedacht wird, welches in der Lehre von der Verjährung kein anderes als das Römische ist (vgl. Eichhorn Privatr. § 177). In diesem unserem neusten Statut heißt es

nämlich ausdrücklich, nachdem die gemeinrechtliche bezüglich zehn-, zwanzig- und dreissigjährige Verjährung angeordnet worden ist:

> Jedoch sollen hierunter diejenigen Personalforderungen, so ihrer Art und Eigenschaft nach, vermöge der gemeinen beschriebenen Rechte, innerhalb zweier Jahre oder geringerer Zeit präscribirt werden, als actio iniuriarum verbalium, de dolo und andere, nicht verstanden, sondern es diesfalls bei Verordnung der angezogenen gemeinen Rechte gelassen werden.

Die älteren Commentatoren zum Statut wenden daher diese Schlußbestimmung auch nicht auf die älteren topischen Vorschriften an, und Gries liefert 1, 84 ff. das Verzeichniß derjenigen Fälle, wo das Statut von 1605 ausdrücklich seiner modernen Verjährungstheorie ungeachtet einige der älteren Ordele wiederaufgenommen hat, welchen andere Principien zum Grunde liegen.

Ueber die Auslegung des Titels I, 21 überhaupt, in welchem Usucapion und Klagverjährung auf die damals unter den Rechtslehrern gewöhnliche Weise durcheinanderlaufen, und durch dessen Inhalt eine ähnliche Verwirrung in dem Commentar von Gries 1, 79 ff. erklärlich wird, muß der Dogmatik des topischen Rechts das Weitere überlassen bleiben. Es werden aber dabei unsere historischen Ermittelungen nicht aus der Acht gelassen werden dürfen, und vor Allem festzuhalten sein, daß es bedenklich ist, über die Verbal-Interpretation der neuen Usucapions- und Verjährungsvorschriften hinauszugehen: eine Cautel, die besonders auch bei den Wirkungen der Servituten-Verjährung bedeutend wird.

Zweiter Excurs (zu § 49 ff.).

Die Ansichten der Germanisten über das Verhältniß von Eigenthum und Besitz zu Gewehr.

Um noch bestimmter meine Ansicht von Eigenthum, Besitz und Gewehr zu bezeichnen, will ich bei einigen neueren Schriftstellern[1]) über die Materie die Momente nachweisen, worin sie von meinen Ansichten abweichen.

Ein Aufsatz des Herrn Dr. Pöhls von dem Grundsatze Hand muß Hand wahren (1837 in der Monatsschrift für Politik und Handel Hamb. Th. 3 Heft 3) geht davon aus S. 11, daß das Altdeutsche Recht ein Eigenthum an beweglichen Sachen gekannt habe, allein der Verfolg seines Räsonnements beweist, daß er meint, es habe den Römischen Rechtsbegriff vom Eigenthum gehabt, wiewohl nicht alle rechtlichen Wirkungen des Römischen Rechts an diesen Begriff geknüpft. Darin scheint aber eben das Unrichtige dieser Auffassung gefunden werden zu müssen, daß sie nicht grade den großen Unterschied zwischen den beiden Volks-Rechten in Hinsicht auf den Begriff des Eigenthums anerkennt. Die Abstraction des Römers ist dem Germanen erst seit dem allgemeineren Studium des fremden Rechts allmälig zum Bewußtsein gekommen[2]). Wenn ferner Pöhls S. 12 die Ge-

---

1) Cropp's Erörterungen in den Crim. Beitr. 2, 1, 14 ff. sind v. J. 1825, also aus einer der Zeitschr. für Deutsches Recht um 14 Jahre entfernt liegenden Zeit, weshalb es mir nicht rathsam schien, sie hier ausführlich zu zergliedern. Uebrigens geht er ebenfalls davon aus, daß Gewehr nicht immer der Römischen possessio entspreche, und häufig für die bloße naturalis detentio gesagt werde, während meines Erachtens man bei dem Recht der Gewehr an einer Sache die Beziehung auf Detention ganz aufgeben muß, wenn man nicht Gefahr laufen will, Römische Rechtsansichten mit den Germanischen zu vermischen.

2) Auch darin ist diese Auffassung als verfehlt zu bezeichnen, daß sie den Unterschied von beweglichen gegen unbewegliche Sachen mit einer Schärfe hervorhebt, die nur dem Römischen Rechte eigenthümlich ist, vgl. § 55.

wehr als das rechtliche Verhältniß der Person zur Sache bezeichnet, vermöge dessen die Person den Schutz des Richters gegen jeden Dritten für die Sache in Anspruch zu nehmen befugt war, so trägt er dadurch schon ein Merkmal in den Begriff hinein, der demselben nicht wesentlich angehört. Die Gewehr muß vielmehr nicht als ein Verhältniß, wenn in diesem Ausdruck eine Passivität gefunden werden kann, sondern als diejenige active Beziehung einer Person zur Sache betrachtet werden, wodurch diese von jener persönlich gegen jeden Dritten vertheidigt werden konnte. Da richterliche Hülfe zunächst dafür nicht erforderlich ist, so darf bei dem Begriff nicht an gerichtliche Formen, ebenso wenig unmittelbar an gerichtliche Geltendmachung, an eine Klage, ein Klagrecht gedacht werden. Im Gegentheil, wenn Jemand es wagte, die Sache als dieblich oder geraubt selbst auch nur aussergerichtlich anzusprechen, dann mußte nach anerkannter Volkssitte die Gewehr vor dem stärkeren Recht des Angriffs, vor dem Recht der Gewalt zurückweichen. Das Anfassen, der Anfang war eine aussergerichtliche gewaltsame Ausübung des Rechts der Gewehr, mithin nicht etwa mit dem Executiv-Proceß irgend vergleichbar. Wenn ferner S. 12 zwischen factischer und juristischer Gewehr (nach Albrecht's Vorgange) unterschieden wird, so scheint dies mir eben unrichtig, weil bei der Gewehr die Detention möglicher Weise gar nicht in Betracht kommen kann. Man kann eine Sache detiniren, an der man gar keine Gewehr hat, und man kann an einer Sache die Gewehr haben, die man weder jetzt detinirt noch jemals detinirt hat. Es ist im Germanischen Rechtssinne, was doctrinell factische Gewehr genannt wird, ebenso sehr eine juristische, als die von Albrecht so genannte. Auch das ist S. 13 unrichtig, wenn dort gesagt wird, als ob es zwei Klagen gegeben hätte, um seine Sache zu verfolgen, Forderung und Anfang. Der Anfang ist nichts weiter als eben die Geltendmachung des Rechts der Gewehr und der Gewalt zugleich mittelst der Selbsthülfe, also eine wesentlich aussergerichtliche Geltendmachung. Die Forderung ist die gerichtliche Geltendmachung, bildet somit nicht die Regel, so wenig als das gerichtliche Verfahren überhaupt. — Wenn ferner S. 14 das Leihen,

Verleihen als eine vertragsmäßige Handlung bezeichnet wird, durch welche man einem Andern allemal die Gewehr überträgt, den man nicht zum unbedingten Eigenthümer machen will, so ist das unrichtig. An und für sich überträgt die Leihe so wenig als irgend ein Vertrag die Gewehr; sondern dazu ist ein besonderer auf diese Uebertragung gerichteter Wille erforderlich, dessen Umfang aus den vorhergehenden äusseren Umständen, und freilich auch oft und meist aus dem vorher errichteten Vertrage klar wird. Es kann Jemand eine Sache verleihen, und entweder die Gewehr übertragen oder nicht, wiewohl das Erstere als Regel anzusehen ist, und angesehen wird. Vom Eigenthum, bedingtem oder unbedingtem, ist ganz zu abstrahiren, um Römische Begriffe zu vermeiden. Besonders ist es S. 15 zu rügen, daß dort „vertragsmäßig" und „mit seinem Willen" als Synonyme angesehen werden. Ferner ist dort zu erinnern, daß man die Gewehr nicht so freiwillig aufgeben konnte, ohne diesen Willen auf einen Andern zugleich zu richten, und sie einem bestimmten Andern zu übertragen. Daß man die Sache aufhörte zu detiniren, daß man einem Andern den Besitz im Römischen Rechtssinne übertrug, daraus folgte für das Recht der Gewehr noch keine Veränderung. Daher hatte es auf dies Recht gar keinen Einfluß, wenn der Dieb die Sache aus dem factischen Besitze entwandte, um sie sich zuzueignen. Der Gewehrberechtigte fuhr fort, nach wie vor sein Recht der Gewehr geltend zu machen, und hatte überdies als Kläger den Vortheil voraus, den ihm das Recht der Gewalt verlieh. Dies Recht der Gewalt war nur in der Art beschränkt, daß man den Muth haben mußte, die Sache als Duve oder Raub anzusprechen. Darum eben ist die Verheimlichung einer Sache, die man detinirt, ein Vergehen, weil dadurch das Recht der Gewehr erschwert oder gar vereitelt wird, aber nicht ein Vergehen, wie der Diebstahl selbst, der an den Hals geht, 1270 XII, 7, wiewohl ein Vergehen, worauf Wedde und Buße steht, und dessen ungerechte Anklage ebenfalls gebessert, d. h. gebüßt werden muß, oder, mit anderen Worten, mit Geld bestraft wird 1270 XII, 10.

Weil Pöhls den Begriff der Gewehr als einen Besitz mit dem Recht gerichtlicher Vertretung auffaßte (vgl. S. 59), so folgerte er daraus, der Begriff sei untergegangen, oder gar abhängig von Altdeutschen Proceßformen. In dieser Beziehung ist das alte Gerichtsverfahren ohne Einfluß gewesen, das mehr den angreifenden Kläger als den sich vertheidigenden Gewehrberechtigten in Schutz nahm, und diesen sogar zu Prästationen zwang, während der heutige wesentlich Römische Proceß den Beklagten, den Besitzer, frei spricht, wenn der Kläger nicht seinerseits das Erforderliche leistet.

Nach diesen Berichtigungen scheint es überflüssig, auf das Bedenkliche in den ferneren Consequenzen der Pöhlsischen Ansicht aufmerksam zu machen, wenn Wirkungen eines durchaus Germanischen Rechtsbegriffs an den davon abweichenden Römischen geknüpft werden sollen.

Im Wesentlichen läßt sich das Gesagte auch auf die Ausführungen in Gries Commentar (1837) 1, 200 ff. zu 1605 II, 2, 7 (vgl. 1270 IX, 21) anwenden, da auch dort Deutsche und Römische Rechtsbegriffe nicht gehörig auseinandergehalten, und die Eigenthümlichkeiten der ersteren nicht in ihrem ganzen Umfange dargelegt werden. Namentlich aber ist es hervorzuheben, daß dort behauptet wird, der Gewehrberechtigte solle als solcher in der Detention der Sache selbst gegen den Eigenthümer geschützt werden, weil es durchaus unrichtig ist, Gewehr und Eigenthum als Gegensätze zu behandeln. Das sind sie keineswegs. Es läßt sich vielmehr gar nicht läugnen, daß Etwas von Demjenigen, was sich in dem Römischen abstracten Begriffe des Eigenthums enthalten findet, der Gewehr nicht unähnlich ist, wie denn ja namentlich das Vertheidigungsrecht an einer Sache dem Eigenthümer zusteht. Allein darin liegt zunächst ein Unterschied, daß das Recht der Gewehr auf aussergerichtlichem Wege geltend gemacht werden kann, während jenes Analogon im Eigenthum ohne gerichtlichen Schutz undenkbar ist. Wenn ferner bei Gries in dem Falle, den zuerst das Ordel von 1270 IX, 21 erörtert, der Umstand an die Spitze gestellt wird, daß der ursprüngliche

Eigenthümer das fragliche Gut mit seinem Willen aus seinen Wehren gelassen haben müsse, so ist es hier, abgesehen von der Verwechselung zwischen dem Gewehrsbefugten und dem Eigenthümer, insbesondere zu rügen, daß nicht angedeutet wird, in welcher Maaße und zu welchem Zwecke der Berechtigte die Gewehr aufgab, so wie die Worte „auf wasserlei Weise ꝛc." unrichtig verstanden, und daher auch dem Vertrage, welcher der Veränderung des Gewehrrechts vorherging, nicht die gehörige Bedeutung zugestanden wird. Beiläufig wird denn auch der Irrthum hier wiederholt, daß das Eigenthum an liegenden Gründen nicht ohne Auflassung erworben werden könne, worüber ich an seinem Orte das Erforderliche gesagt habe.

Dagegen kann man Gaupp nur beipflichten, welcher in seinen kritischen Untersuchungen über die Gewehr des Deutschen Rechts in Reyscher's und Wilda's Zeitschr. 1, 86 ff. das Resultat von Albrecht's unstreitig sehr verdienstlichen und scharfsinnigen Combinationen (1828)[1]) für viel zu künstlich hält. Mit Recht erklärt Gaupp ferner, daß man im Deutschen Recht ein abstractes Eigenthum als Gegensatz der einzelnen Rechte an einer Sache nicht gekannt habe. Weil man aber das Eigenthumsrecht nicht als eine Totalität auffaßte, so konnte der Gegensatz, der eben auf dem Totalitätsbegriff basirt, nicht ins Germanische Rechtsbewußtsein treten. Auch das ist eine treffende Behauptung, es stehe das Deutsche Sachen- und Obligationen-Recht in einem ganz anderen Verhältniß zu einander, wie im Römischen Recht. Aber in dem Warum differiren wir. Das Eigenthümliche des Deutschen Rechts bestand darin, daß es bei der Uebertragung des Rechts der Gewehr an einer Sache auf den Willen der beiden Partheien Alles ankommen ließ, um zu bestimmen, welche Rechte an der Sache dem jetzigen Gewehrsträger zustehen. Dies

---

1) Albrecht's größtes Verdienst besteht darin, zuerst über die bis dahin sehr unklare und misverstandene Materie von der Gewehr ein helleres Licht verbreitet zu haben. Wie confus sind z. B. noch Wiarda's Ansichten über Gewehr, dafür er im Asegabuche immer Heerd setzt!

Princip galt sowohl für bewegliche als für unbewegliche Sachen. Man thut Unrecht, zwischen Beiden in dieser Beziehung einen rechtlichen Unterschied so scharf hervorzuheben, wie es bisher geschehen ist.

Ebenso muß die Distinction Gaupp's in ideelle und reelle Gewehr, welche letztere mit dem factischen Besitz zusammenfallen soll, verworfen werden, weil reelle Gewehr mehr und weniger als factischer Besitz ist. Mehr, sofern der factische Besitz kein so ausgedehntes Vertheidigungsrecht giebt, als die Gewehr; weniger, sofern bei dem Recht der Gewehr die Detention irrelevant ist. Rechtliche Wirkungen gehen daraus nicht hervor, daß der Gewehrsberechtigte auch detinirt, und deshalb scheint die Distinction rechtlich ohne Werth zu sein. Gaupp verwirft mit Recht den Albrechtschen Ausdruck „juristische Gewehr", weil er zu einer Verwechselung mit dem „juristischen Besitz" Anlaß gebe. Allein auch der Gauppsche Ausdruck muß vermieden werden, weil er zu dem Irrthum führt, als ob im Altdeutschen Rechte dem Innehaben eine rechtliche Bedeutung beiwohnte. Das Innehaben an sich gab hier so wenig irgend ein Recht, daß der Detinirende sich vielmehr namentlich beständig darauf gefaßt halten mußte, die Rechtmäßigkeit seines Anspruchs an der detinirten Sache entweder durch Zeugen oder Gewährsmänner darzuthun 1270 VII, 9.

Gaupp's Erörterungen haben mit denen anderer Germanisten den Fehler gemein, daß sie von dem Altdeutschen Rechte die Römischen Begriffe von Eigenthum und Besitz nicht gehörig entfernt halten, und insbesondre die neuere Rechtsregel: Hand muß Hand wahren, von dem Standpunkte eines Vindications-Processes aus behandeln. Man thut besser, bei der Erörterung dieser Materie von dem gerichtlichen Proceßgang zu abstrahiren, und schon deshalb muß dem Versuche S. 133 ff., den Zusammenhang der Rechtsregel mit dem Processe nachzuweisen, widersprochen werden.

Hier mögen auch noch zwei Abhandlungen des Herrn Universitäts-Syndicus Duncker in Marburg erwähnt werden, in Reyscher's und Wilda's Zeitsch. 2, 1, 177 ff. und 2, 2, 26 ff.,

über dominium directum und utile, und über den Quasibesitz der auf Grund und Boden radicirten, eigenthümlich Deutschen Rechte und den possessorischen Schutz derselben. In der ersteren dieser beiden Abhandlungen, wo der Verf. mit Recht davon ausgeht, daß dem Römischen Rechte die Unterscheidung in dominium directum und utile unbekannt gewesen, meint er im Verlauf seiner Erörterung S. 187 eine Gleichartigkeit des Deutschen und Römischen Eigenthums darum annehmen zu müssen, weil in den ältesten Deutschen Rechtsquellen die Ausdrücke proprietas, dominium, Eigenthum, vorkämen. Dies scheint mir aber in der That besonders in solchen Rechtsbüchern, worin Spuren des Römischen Rechts sich auch sonst gar nicht abweisen lassen, und bei der unbestreitbaren allgemeinen Kenntniß unserer Vorfahren von Römischem Recht kein genügendes Argument, wenn es nicht gelingt, zumal in unseren Norddeutschen Rechtsquellen, da, wo ursprüngliches Deutsches Recht unzweifelhaft vorliegt, nachzuweisen, daß mit jenen Ausdrücken der Römische Rechtsbegriff verbunden worden ist. Wenn nun Duncker in alten Rechtsformeln nichts weiter gefunden hat, als die Befugniß, den Gegenstand willkührlich zu behandeln (med syme gude thun waz he wel): so läßt sich dies noch keineswegs als das eigentlich „charakteristische Merkmal" des Römischen Eigenthums bezeichnen. Man wird vielleicht selbst in dem Fall des Ordels von 1270 IX, 21 bei dem Commendatar eine Befugniß der Art nicht läugnen können, ohne daß man ihn einen Eigenthümer darum nennen kann. Mir scheint vielmehr das Besondere des Römischen Rechtsbegriffs in der Beziehung auf eine Totalität aller Befugnisse an einer Sache gefunden werden zu müssen. Wenn von Vangerow Pandekten 1, 474 den Begriff des Eigenthums darin setzt, daß es die Möglichkeit sei, alle nicht besonders ausgenommenen Befugnisse an einer Sache auszuüben: so bestätigt auch diese Definition eben wieder, daß dieser Begriff dem Alt-Deutschen ursprünglichen Rechte fremd ist, wo vielmehr der Gewehrberechtigte nicht etwa alle nicht besonders ausgenommenen, sondern umgekehrt nur die ihm speciell und ausdrücklich von seinem Vorweser übertragenen Befugnisse an einer Sache auszuüben ermächtigt ist, wie deshalb auch unser

ältestes Stadterbebuch genau bestimmt, welche Rechte an dem aufgelassenen Gegenstande dem Käufer zustehen sollen (vgl. § 68). Gaupp hat in seinem erwähnten Aufsatze S. 129 als Ergebniß seiner Darstellung und als Folge von dem Uebergewicht des subjectiven Elements über das objective in der — würde ich berichtigend sagen — Beziehung der Person zur Sache, gleichviel ob diese Sache beweglich oder unbeweglich ist, die Behauptung aufgestellt, daß die Regel nemo plus iuris in alium transferre potest, quam ipse habet auf die Beziehungen zur Sache keine Anwendung leide. Wenn man diese Behauptung in der Art generalisirt, wie ich es hier gethan habe, und nicht auf bewegliche Sachen, und abermals auf Besitz beschränkt, sondern in das Gebiet des Gewehrrechts, wohin sie eigentlich gehört, überträgt: so ist in ihr eine Wahrheit in Hinsicht auf unser altnationales Recht enthalten, für welche sich namentlich in unserem ältesten Stadterbebuche vielfältige Belege finden. Nur in einzelnen Fällen wird es dort hervorgehoben, daß der Auflasser das Haus oder sonstige Immobile, so wie er es bisher besessen hat, verläßt. Insgemein geschieht die Resignation mit genauer Angabe der Rechte, die der neue Gewehrsberechtigte ausüben darf, ohne daß gesagt wird, noch die Erforderniß ausgesprochen ist, wie weit sein Vorgänger diese Rechte gehabt hat (vgl. § 68).

In dem Aufsatz über Quasibesitz hat Duncker S. 33 ff. die Grundsätze des Deutschen Rechts über den der Gewehr zu ertheilenden gerichtlichen Schutz darum nicht in ihrer Eigenthümlichkeit auffassen können, weil er auch hier wieder die Gewehr mit der Detention identificirt, und überall die Nothwendigkeit eines gerichtlichen Verfahrens, um in der Gewehr, als dem factischen Besitz, geschützt zu werden, voraussetzt, mithin hier die Elemente eines Deutschen Possessoriums annimmt, wiewohl er freilich richtig einräumt, daß „dem Deutschen Rechte der Gegensatz zwischen dem Possessorium und Petitorium, wie sich derselbe im Römischen Recht ausgeprägt finde, ursprünglich fremd gewesen sei.“ Es scheint mir vielmehr zu einer richtigen Würdigung des Rechts der Gewehr im ursprünglichen Sinne der Conflict zwischen dem Recht der Gewalt und der Vertheidigung, diesen zwei dem

Processe und gerichtlichen Formen durchaus fremden, und sogar widerstrebenden Nationalrechten, unentbehrlich zu sein, bei denen die Detention so sehr in den Hintergrund tritt, daß der blos Detinirende nicht gegen den Angriff Desjenigen, der die detinirte Sache als Duve oder Raub ansprach, anders als durch Beweismittel und Gewährsmänner sich zu schützen im Stande war, wie dies bereits vorhin unter Bezugnahme auf 1270 VII, 9 (vgl. § 62) bemerkt wurde.

Die vorstehenden Notizen sind freilich keineswegs geeignet, die interessanten weiteren Ausführnngen der genannten sonst bewährten Schriftsteller in ihrem Detail vollständig zu widerlegen, und können ebenso wenig auf eine gründliche Erschöpfung der für das Altdeutsche Recht so sehr bedeutenden, auch noch praktisch bei uns, wenigstens negativ (vgl. § 65. 66.) überaus wichtigen Materie irgend Anspruch machen. Aber meine Absicht, als ich sie zusammenstellte, ist erreicht, wenn man sie auch nur genügend findet, um zu weiterer Prüfung anzuregen.

Inhalt des zweiten Bandes.

I. Materialien zu einer Geschichte des Eides in Hamburg..... pag. 1

II. Rechtsgeschichtliche Notizen über die in Hamburg üblichen Friedensgebote..... » 32

III. Ueber die Langenbeckische Glosse..... » 51

IV. Rechtshistorische Notizen über die Miniaturbilder zum Hamburgischen Stadtrechte vom Jahre 1497..... » 56

V. Noch ein Beitrag zu den Altdeutschen Ansichten von der Gerichts-Competenz. In einem Schreiben an Herrn Etatsrath und Professor Falck in Kiel, vom 27. Juni 1846.... » 62

VI. Zur Geschichte der Einführung des schriftlichen Gerichtsverfahrens in Hamburg. Berichtigung kürzlich darüber vernommener Irrthümer..... » 65

VII. Vorträge über mehrere Gegenstände des Alt-Hamburgischen Privatrechts und Civilprocesses, in specieller Beziehung auf einige wichtige Abhandlungen in der von Reyscher und Wilda seit 1839 herausgegebenen Zeitschrift für Deutsches Recht..... » 70

Im Verlage des Unterzeichneten sind erschienen:

Auswahl gültiger Verordnungen der freyen und Hanse-Stadt Hamburg, vom Jahre 1774 bis 1810. 2 Bände. — 1ster Band, Verordnungen von 1774 bis 1792. — 2ter Band, Verordnungen von 1793 bis 1810. 8. 1831. Druckpap. 4 ℔. Schreibpap. 5 ℔ 8 gGr.

Herausgegeben von J. M. Lappenberg, B. R. Dr. u. Archivarius.

Bemerkungen, Rhapsodische, über Criminal-Justiz. Zum Theil mit besonderer Beziehung auf Hamburg. 8. 1818. 8 gGr.

Rath- und Bürgerschlüsse, Hamburgische, vom Jahre 1801 bis zu Ende des Jahres 1840, mit getreuen Auszügen aller den Raths-Propositionen hinzugefügten Beylagen; herausgegeben von Peter David Lohmann. 1ster bis 5ter Band, nebst General-Register über den 1sten bis fünften Band. Gr. 4. 1828 — 1841. 22 ℔.

Rechtsalterthümer, Hamburgische. Band I. — Auch u. d. T.: Die ältesten Stadt- Schiff- und Landrechte Hamburgs, herausgegeben von J. M. Lappenberg, Dr. Gr. 8. 1845. Geh. Weiss Masch. Druckpap. 3 ℔ 8 gGr. Schreibvelp. 4 ℔ 8 gGr.

Sammlung der Verordnungen der freyen und Hanse-Stadt Hamburg, seit deren Wiederbefreyung im Jahre 1814. Bearbeitet von Christian Daniel Anderson, B. R. Dr. und Protonotarius, und (seit dem Jahre 1826) von Johann Martin Lappenberg, B. R. Dr. und Archivarius. 1ster bis 19ter Band. 8. 1815 — 1846. Druckpap. 52 ℔, Schreibpap. 69 ℔ 8 Ggr.

Zeitschrift des Vereins für hamburgische Geschichte. 1ster und 2ter Band. Gr. 8. 1841 bis 1847. Geh. 8 ℔.

Jeder Band besteht aus 4 Heften, deren jedes 1 ℔ kostet. Jährlich erscheint wenigstens ein Heft.

Hamburg, December 1847.

Johann August Meissner.

Druck von Joh. Aug. Meißner.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Trummer, Carl,

Vorträge über Tortur, Hexenverfolgungen, Vehmgerichte, und andere merkwürdige Erscheinungen in der hamburgischen Rechtsgeschichte gehalten in der juristischen Section des geschichtlichen Vereins in Hamburg
Bd.: 2

Hamburg (1847)

Jur.opp. 64 m-2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10571449-7